Unterschiede zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des BGB.

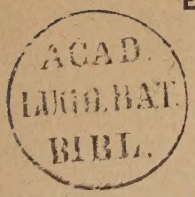
Inaugural - Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde



vorgelegt

von

Reusels
Referendar.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Literatur-Verzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Lehrbuch des Handelsrechts.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes.

Gierke, die Genossenschaftstheorie.
Der nichtrechtsfähige Verein.

Gierke, die bürgerliche Gesellschaft und die Handelsgellschaften, Archiv für C. R. 1901.

Goldmann, das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Jäger, der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft.

Joerges, zur Lehre vom Miteigentum und der gesammten Hand nach deutschem Reichsrecht (in G. L. B. 49,51.)

Hellwig, Anspruch und Klagerecht.

Knoke, das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerl. Gesetzbuch für das deutsche Reich.

Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar.
Renaud, das Recht der Kommanditgesellschaften.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Einleitung.

Das HGB. sagt in seinem § 105: Eine „Gesellschaft" ist eine offene Handelsgesellschaft u. s. w. und spricht damit aus, dass grundsätzlich für die offene Handelsgesellschaft die gleichen Rechtssätze zu gelten haben, wie für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, dass die Handelsgesellschaft nur eine Abart letzterer Gesellschaft ist. Im früheren Recht standen sich hier zwei vollständig verschiedene Rechtsgebilde gegenüber. Das HGB. hatte für die offene Handelsgesellschaft das deutsche Prinzip der gesamten Hand zur Geltung gebracht, dem stand im bürgerlichen Recht die römische Sozietät gegenüber: nur im preussischen allgemeinen Landrecht war bereits das deutschrechtliche Prinzip zur Anerkennung gelangt, indem über das gemeinschaftliche Vermögen nur alle Gesellschafter zusammen verfügen konnten.[1] Nunmehr hat für das gesammte bürgerliche Recht das Prinzip der gesammten Hand den Sieg davongetragen, es ist in das bürgerliche Gesetzbuch übergegangen. Der schroffste Gegensatz, der die bürger-

1) v. Knoke 5.

liche Gesellschaft von der offenen Handelsgesellschaft schied, ist damit ausgeglichen, und es ergiebt sich als notwendige Folge, dass nunmehr die beiden Gesellschaften in den wesentlichsten Punkten übereinstimmen müssen.

Aber das Rechtsprinzip der gesammten Hand ist, wie Gierke[1] sagt der Dehnung fähig, es kann daher bei verschiedenen Rechtsgebilden verschieden zum Durchbruch gelangen. Das Prinzip der gesammten Hand ist nämlich kein rein sachenrechtliches Prinzip, sondern ein personenrechtliches mit sachenrechtlichen Reflexwirkungen.[2] Zunächst wird demgemäss durch die gesammte Hand eine Personenvereinigung begründet. Als personenrechtliches Prinzip ist das Prinzip der gesamten Hand keineswegs absoluter Natur, es schlingt das Band bald enger, bald fester um die verbundenen Personen. Und insofern ist es auch bei den beiden Gesellschaften, wenn diese auch völlig von ihm beherrscht werden, verschieden zur Anwendung gelangt. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist es ungleich kräftiger zum Durchbruch gekommen, als bei der Gesellschaft des BGB., und auf dieser verschiedenartigen Durchführung des Prinzips der gesammten Hand lassen sich die wesentlichsten Unterschiede zwischen den beiden in Frage kommenden Gesellschaften zurückführen; sie stellen sich dar als „ein Plus der gesammten Hand".[3] Damit sind

1) Gierke im Archiv für bürgl. R. 1901 S. 118.
2) Joerges, in G. Z. 49, 184.
3) Gierke im Archiv für bürgl. Recht 1901, 118.

freilich die Unterschiede nicht erschöpft; den Eigentümlichkeiten des kaufmännischen Lebens musste man bei der offenen Handelsgesellschaft gerecht werden: dies erklärt wiederum manche Abweichungen der offenen Handelsgesellschaften von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

I. Die Errichtung.

a) Der konstitutive Akt.

Die Grundlage für die Gesellschaft des BGB. bildet lediglich der Gesellschaftsvertrag. In allen Fällen gilt mit Abschluss des Vertrages die Gesellschaft als errichtet. Und zwar ist dieser Vertrag regelmässig formlos. Nur wo die Leistungen der Gesellschafter so beschaffen sind, dass für die Übernahme solcher eine besondere Form durch das Gesetz vorgeschrieben ist, sind für den Gesellschaftsvertrag die betreffenden Formvorschriften zu berücksichtigen; so wird z. B. bei Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum an Grundstücken oder zur Einräumung eines dinglichen Rechts an Immobilien gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages erforderlich sein. Zu erwähnen ist noch, dass mit Abschluss des Gellschaftsvertrages die Gesellschaft nach innen, wie der Aussenwelt gegenüber besteht.

Auch für die offene Handelsgesellschaft bildet der Gesellschaftsvertrag die notwendige Grundlage. In manchen Fällen ist es jedoch nicht der Gesellschaftsvertrag allein, der eine offene Handelsgesellschaft

begründet. Zu unterscheiden ist hier die Errichtung den Mitgliedern der Gesellschaft gegenüber und gegenüber dritten Personen.

In erster Beziehung kommt es darauf an, welcher Art das Handelsgewerbe ist, das die Gesellschaft betreiben soll. Der Betrieb eines Handelsgewerbes ist nämlich, wie weiter unten zu erörtern bleibt, wesentliches Erfordernis einer offenen Handelsgesellschaft. Der Begriff „Handelsgewerbe" ist in den § 1, 2, 3 HGB. gesetzlich festgelegt. Hat demnach der Gesellschaftsvertrag ein gewerbliches Unternehmen der im § 1 Abs. 2 HGB. bezeichneten Art zum Gegenstande, so entsteht, sofern der Betrieb des Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma erfolgen soll, mit Abschluss des Vertrags die offene Handelsgesellschaft als solche für ihre Mitglieder.

Fällt jedoch das gewerbliche Unternehmen nicht unter die im § 1 Abs. 2 aufgezählten, erfordert es aber nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, so wird es erst zum Handelsgewerbe, wenn die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen ist. Dieses auf die offene Handelsgesellschaft angewandt bedeutet: Eine Gesellschaft, die unter gemeinschaftlicher Firma ein gewerbliches Unternehmen der im § 2 HGB. bezeichneten Art betreibt, gilt als offene Handelsgesellschaft erst dann, wenn die Gesellschafter die Eintragung „nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeigeführt haben."[1] Zur Herbeiführung

1) HGB. § 2.

der Eintragung sind sie gemäss § 2 S. 2 HGB. verpflichtet; eine derartige Gesellschaft wird somit vom Gesetz gewissermassen gezwungen, eine offene Handelsgesellschaft zu werden.

Betreibt endlich die Gesellschaft ein Unternehmen, das sich als Nebengewerbe eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs darstellt, so k a n n sie eine gemeinschaftliche Firma annehmen und diese ins Handelsregister eintragen lassen, von dem Augenblicke, wo die Eintragung erfolgt, bildet die Gesellschaft eine offene Handelsgesellschaft. Der Unterschied von dem vorerwähnten Fall besteht darin, dass während dort die Verpflichtung zur Eintragung besteht, die Gesellschaft also eine offene Handelsgesellschaft werden muss, hier nur die Berechtigung zur Eintragung eingeräumt ist, die Gesellschaft demnach eine offene Handelsgesellschaft werden kann.

Während die bürgerliche Gesellschaft Aussen- und auch lediglich Innengesellschaft sein kann, ist die offene Handelsgesellschaft immer auch eine Aussengesellschaft. Zur Geltung als solche, zu ihrer Wirkung gegenüber Dritten, bedarf es noch einer besondere Kundgebung. Diese Kundgebung soll sie eben als offene Handelsgesellschaft kennzeichnen. Die Kundgebung ist keine selbständige Rechtshandlung sondern nur eine Betätigung des Gesellschaftsvertrags und infolgedessen nur in Verbindung mit diesem wirksam![1]

---

1) v. Cosack, Handelsrecht § 29.

Von der Kundgebung macht das Gesetz die Geltung der für den Verkehr mit Dritten gegebenen Bestimmungen, so insbesondere die Befugnis und Fähigkeit der Gesellschaft, unter ihrer Firma Rechte zu erwerben, Verbindlichkeiten einzugehen, die Vorschriften über die Vertretung und Schuldenhaftung abhängig.

Die Kundgebung der offenen Handelsgesellschaft soll regelmäsig durch Anmeldung und Eintragung ins Handelsregister erfolgen. Sie kann jedoch wirksam auch in anderer Weise stattfinden, so durch konkludente Handlungen. Solche sind jedoch im Gesetz nur anerkannt, wenn die offene Handelsgesellschaft ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB. betreibt; alsdann soll im Falle tatsächlicher Geschäftseröffnung bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen die offene Handelsgesellschaft für Dritte bestehen. Andernfalls besteht die Kundgebung stets in der Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister. In jedem Falle jedoch stellt die Eintragung in das Handelsregister den Moment dar, in dem die offene Handelsgesellschaft spätestens für Dritte zur Entstehung gelangt.

b) Die vertragsschliessenden Personen.

Das HGB. stellt für die offene Handelsgesellschaft die Forderung auf, dass ihre Mitglieder Kaufleute sind. Wenigstens müssen bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags die kontrahierenden Personen

die Fähigkeit besitzen, Kaufmannseigenschaft zu erwerben. Und zwar kann die offene Handelsgesellschaft nur aus Vollkaufleuten bestehen. Minderkaufleute, d. h Handwerker und Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, können keine offene Handelsgesellschaft eingehen. § 4 HGB. Der innere Grund hierfür ist darin zu suchen, dass ein Minderkaufmann keine Firma annehmen kann, während, wie weiter unten des nähern zu erörtern bleibt, für die offene Handelsgesellschaft eine gemeinschaftliche Firma wesentliche Bedingung ist.

Minderjährige bedürfen zur Eingehung des Gesellschaftsvertrags immer der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, mögen sie unter elterlichen Gewalt (§ 1643 Abs. 1 BGB.) oder auch unter Vormundschaft stehen. (§ 1823[3] BGB.)

Grundsätzlich hat eine Ehefrau zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages nicht die Genehmigung ihres Ehemannes nötig. Es ist jedoch in güterrechtlicher Beziehung von grosser Bedeutung, ob der Ehemann zustimmt oder nicht. Von seiner Zustimmung hängt die Wirksamkeit der durch den Gesellschaftsvertrag entstehenden Verpflichtungen in Beziehung auf das eheliche Vermögen, ausgenommen das Vorbehaltsgut, ab. Auch das dem Ehemann nach § 1538 BGB. zustehende Kündigungsrecht dürfte für die offene Handelsgesellschaft grössere Bedeutung haben als für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Das BGB. stellt bezüglich der Eigenschaften der vertragsschliessenden Personen keine besonderen Forderungen auf. Wie einerseits die Gesellschaft nicht aus Kaufleuten zu bestehen braucht, ist andererseits eine Gesellschaft von Minderkaufleuten eine solche des bürgerlichen Rechts. Jedoch nur die Gesellschaft als solche ist bei einer Vereinigung von Minderkaufleuten nach bürgerlichem Recht zu beurteilen; die einzelnen Mitglieder sind, wenn gleich Minderkaufleute, doch Kaufleute, ihre Geschäfte gemäss § 343 HGB. daher Handelsgeschäfte; folglich hat auch für diese, mit Ausnahme einiger nur für den Vollkaufmann gegebener Bestimmungen, Handelsrecht Anwendung zu finden.
Abweichend von der offenen Handelsgesellschaft bedarf es für Minderjährige nicht immer der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bei Eingehung des Gesellschaftsvertrags. Diese ist nur erforderlich, wenn es sich um eine Erwerbsgesellschaft handelt, also stets bei einer Gesellschaft von Minderkaufleuten. In dem für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wohl häufiger vorkommenden Falle, dass die Gesellschaft lediglich ideale Ziele verfolgt, genügt die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

Bei einer solchen Gesellschaft ist auch die Zustimmung des Ehemannes von keiner besonderen Bedeutung, da alsdann finanzielle Anforderungen an das eheliche Vermögen höchstens in geringem Masse gestellt werden. Desgleichen ist dem dem Ehemann eingeräumten Kündigungsrecht nicht die

Bedeutung zuzumessen, die es für die offene Handelsgesellschaft besitzt, indem abgesehen von einer Erwerbsgesellschaft die Ehefrau sich durch den Gesellschaftsvertrag kaum zu solchen persönlichen Leistungen verpflichten wird, dass durch die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt würden.

Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist ferner nicht anzunehmen, dass sie lediglich aus physischen Personen bestehen kann. Zwar spricht das Gesetz im § 716 BGB. von dem streng persönlichen Prüfungsrecht eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters, ferner erklärt es im § 727, dass der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft auflöse; aber aus diesen Bestimmungen ist nicht zu folgern, dass nur physische Personen den Gesellschaftsvertrag eingehen können. Das Gesetz hat hier eben nur an den regelmässigen Fall gedacht, und ohne Zweifel sind auch juristische Personen als Mitglieder einer Gesellschaft zuzulassen.[1]

Auch Gesellschaften, insbesondere Handelsgesellschaften, können Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft sein. Die Bedenken, welche in dieser Beziehung, wie weiter unten zu erörtern bleibt, für die offene Handelsgesellschaft bestehen, können bei der bürgerlichen Gesellschaft nicht obwalten; sie haben dort hauptsächlich ihren Grund in den kraft zwingenden Rechts bestehenden, der Gesellschaft

1) Lehmann-Ring 221.

des BGB. fremden Vorschriften über die Firma und Vertretung. Auch Gierke ist der Ansicht, dass die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zweifellos aus Gesellschaften, insbesondere aus Handelsgesellschaften, bestehen könne.[1]

Wie steht es in dieser Beziehung mit der offenen Handelsgesellschaft? Hier ist die Frage bedeutend schwieriger zu entscheiden. Was zunächst die Frage betrifft, ob eine juristische Person Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein kann, so scheint dem die äussere Fassung des § 105 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. entgegenzustehen. Hiernach ist in Beziehung der Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft zum Handelsregister vorgeschrieben, dass die Anmeldung Namen, Vornamen, Stand und Wohnsitz eines jeden Gesellschafters zu enthalten habe. Es scheint somit, als ob das Gesetz voraussetze, dass nur physische Personen Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sein könnten. Eine solche gesetzliche Voraussetzung ist jedoch in den Bestimmungen des § 105 HGB. nicht zu sehen „Denn hier, wie an anderen Stellen, (z. §§ 131 Nr. 4, 133 HGB.) hat das Gesetz nur an den regelmässigen Fall gedacht",[1] gleichwie im BGB. in den §§ 716, 727, aber keineswegs wird damit für die offene Handelsgesellschaft die gesetzliche Voraussetzung kundgetan, dass nur physische Personen als Mitglieder der Gesellschaft denkbar wären. Die Schwierigkeit, die gegen die Mitgliedschaft einer juristischen Person darin zu bestehen scheint, dass

1) Gierke im Archiv für bürgl. Recht, 1901, 123.

die Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft Namen, Vornamen, Stand und Wohnort eines jeden Gesellschafters enthalten muss, ist auch leicht zu lösen. Diese Bestimmung des Gesetzes hat eben nur entsprechende Anwendung zu finden, ebenso wie die Vorschriften über die Firma für die juristische Person nur entsprechend angewandt werden können, ohne dass einer zu leugnen vermag, dass das Firmenrecht für diese Anwendung findet.[1]

Auch die Forderung, dass eine juristische Person wie z. B. die Aktiengesellschaft nur eine Firma haben soll, sie nicht „unter fremdem Handelsnamen im Rechtsverkehr auftreten kann",[2] kann nicht gegen die Zulässigkeit der juristischen Person als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sprechen. Denn es handelt sich hierbei nicht um den Namen der juristischen Person, wie Lehmann[3] treffend bemerkt, sondern um den der offenen Handelsgesellschaft.

Schwerer ins Gewicht fallen die Bedenken, die sich bezüglich der Vertretung der juristischen Person ergeben. Gemäss §§ 26, 30, 86 BGB. sind Vertreter der juristischen Person der Vorstand, bezw. für gewisse Geschäfte besonders ernannte Vertreter. Der Vorstand einer juristischen Person ist als Vertreter in das betreffende öffentliche Register eingetragen. Ist jetzt die juristische Person Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft, so könnte

1) v. Makower 181
2) Staub 350.
3) v. Lehmann-Ring 222.

nach § 125 HGB. ein Mitglied der offenen Handelsgesellschaft, ohne Vorstandsmitglied der juristischen Person zu sein, letztere vertreten. Es ergäbe sich somit, dass der Vorstand als Vertreter der juristischen Person im Vereins-Genossenschafts- oder in ein anderes Register eingetragen wäre, während es neben den in diesem Register eingetragenen Vertretern noch andere geben würde, die an anderer Stelle (im Gesellschaftsregister) sich eingetragen fänden. Dem ist zu entgegnen, dass das gleiche Bedenken gegen die Beteiligung eines Minderjährigen sprechen müsste, da dieser gegebenenfalls sowohl durch den durch seine Bestallung legitimierten Vormund, wie auch durch den im Gesellschaftsregister eingetragenen Mitgesellschafter vertreten würde.[1]

Es lässt sich somit der Satz aufstellen: Im allgemeinen steht nichts im Wege, dass eine juristische Person Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft wird. Es muss dagegen der juristischen Person diese Fähigkeit abgesprochen werden, wo ihre Organisation zur Mitgliedschaft einer offenen Handelsgesellschaft in Widerspruch stehen würde.[1] Dies ist z. B. der Fall bei der Aktiengesellschaft. Hier wo die Generalversammlung als herrschendes Organ durch den Widerspruch eines Dritten nicht eingeengt sein darf, wo der Vorstand trotz nach aussen hin bestehender unbeschränkter Verfügungsmacht den Weisungen der Generalversammlung Folge zu leisten hat, ist unbedingt anzunehmen, dass

---

1) v. Lehmann-Ring 222.

eine Teilnahme der Aktiengesellschaft als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft unmöglich ist.[1]

Während ferner sonst bei einer juristischen Person die Bestellung des Vorstands nach § 27 Abs. 2 BGB. nicht notwendig frei widerruflich ist, vielmehr ihm aus denselben Gründen (§ 27 Abs. 2) die Vertretungsmacht entzogen werden kann, wie einem Mitglied der offenen Handelsgesellschaft (§ 127 HGB.), nimmt die Aktiengesellschaft in dieser Beziehung eine Sonderstellung ein. Gemäss § 231 Abs. 3 HGB. ist die Bestellung des Vorstandes bei ihr notwendig frei widerruflich; eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, wonach der Widerruf der Bestellung des Vorstandes nur bei Vorhandensein wichtiger Gründe zulässig sein soll, ist nichtig. Die Vorschrift des § 231 Abs. 3 lässt angesichts des § 127 HGB. die Teilnahme einer Aktiengesellschaft an einer offenen Handelsgesellschaft nicht zu; es würde durch eine solche Teilnahme die freie Widerruflichkeit der Bestellung des Vorstandes aufgehoben.[2] Vollends dann endlich muss man die Möglichkeit der Teilnahme der Aktiengesellschaft an einer offenen Handelsgesellschaft verneinen, wenn einem Mitgesellschafter kraft Gesellschaftsvertrags allein Vertretungsmacht eingeräumt ist.[3] Alsdann würde einer dritten, fremden Person ein Einfluss auf das Schicksal der Aktiengesellschaft gestattet, der sich mit ihrem Wesen absolut nicht verträgt.

1) v. Goldmann 470.
2) v. Goldmann 470.
3) v. Lehmann-Ring 222.

Kann endlich eine offene Handelsgesellschaft Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein? Auch diese Frage ist zu verneinen, weil „eine Gesellschaft, deren Wesen und Zweck darin besteht, unter einer bestimmten Firma Geschäfte zu betreiben, solche nicht unter einer anderen Firma zu machen befugt sein kann".[1] Unzweifelhaft ergibt sich aber aus den §§ 105 und 124 HGB., wie auch weiter unten näher zu erörtern bleibt, dass es zum „Wesen und Zweck" der offenen Handelsgesellschaft gehört, unter einer bestimmten Firma in den Rechtsverkehr zu treten. Der Betrieb unter gemeinsamer Firma ist nicht Wirkung, wie Eltzbacher (G. Z. 45, S. 47) behauptet, sondern Wesen und Voraussetzung der offenen Handelsgesellschaft; unter ihrer Firma erwirbt sie Rechte, geht sie Verbindlichkeiten ein. Eltzbacher beruft sich auf den früheren Artikel 114 HGB., den § 164 BGB., aber damit begründet er seine Ansicht nicht. Wenn auch demnach der ausdrückliche Gebrauch der Firma bei jedem Rechtsgeschäft nicht erforderlich ist, so folgt daraus keineswegs, dass die offene Handelsgesellschaft auch anders als unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann.[2]

Für die Zulassung einer offenen Handelsgesellschaft als Mitglied einer anderen ist Behrend. Er erklärt unter anderem, dass, wenn eine offene Handelsgesellschaft A sich als Mitglied an einer offenen Handelsgesellschaft B beteilige, würden die

1) RG. 36, 190.
2) Staub, 350. RG. 36,139.

Mitglieder der Gesellschaft A zugleich Mitglieder der Gesellschaft B werden, und die Gläubiger der Gesellschaft B hätten auch für die Gesellschaft A als Gesellschaftsgläubiger zu gelten.[1] Diese Ansicht ist gegenüber der Entscheidung des Reichsgerichts unhaltbar, die treffend ausführt, ein Beitritt solcher Art sei nicht gleichbedeutend mit dem Beitritt der Gesellschafter als solcher, wie anderseits auch die von der Gesellschaft erfolgte Beteiligung nicht präsumtiv als eine Beteiligung der einzelnen Gesellschafter gelten könne.[2]

Auch die Ansicht Eltzbachers[2], dass eine offene Handelsgesellschaft nur dann nicht Mitglied einer anderen offenen Handelsgesellschaft sein könne, „wenn sie lediglich zu dem Zweck gegründet würde, Teilnehmerin einer andern zu sein", während im übrigen nichts dagegen einzuwenden wäre, ist nicht gerechtfertigt. Mit Recht wendet sich Lehmann dagegen, indem er ausführt, jener Fall wäre doch der Normalfall, das Gesetz ginge davon aus, dass die Zugehörigkeit zu einer offenen Handelsgesellschaft im Zweifel die Mitglieder ganz mit Beschlag belege; und wie sollte man praktisch den Ausnahmefall vom Normalfall unterscheiden.[3]

Lässt man die offene Handelsgesellschaft als Mitglied einer anderen offenen Handelsgesellschaft zu, so werden die Schlussfolgerungen unhaltbar.[4] Die umschlossene Handelsgesellschaft wäre zweifellos

---

1) Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts 463.
2) Eltzbacher in GZB. 45, S. 47.
3) u. 4) Lehmann-Ring 222.

berechtigt in ihren Verband neue Mitglieder aufzunehmen; jedes ihrer Mitglieder wäre aber im Zweifel zur Vertretung und Geschäftsführung derselben berufen; „und da nun die umschlossene Gesellschaft durch ihren Vertreter Geschäftsführung und Vertretung der umschliessenden besorgte, so wäre die umschlossene Gesellschaft in der Lage, einseitig die Vertretung und Geschäftsführung der umschliessenden zu beeinflussen".[1]

c) Bedeutung des Vertrages für die Mitglieder.

Sowohl bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als bei der offenen Handelsgesellschaft ist der Gesellschaftsvertrag nicht allein obligationenrechtlicher, sondern, wie schon erwähnt, auch personenrechtlicher Natur. Dies gilt für die bürgerliche Gesellschaft, obwohl die Gesellschaft im Obligationenrecht des BGB. zu finden ist; auch hier schafft der Gesellschaftsvertrag eine Subjektgemeinschaft, auch hier werden die vertragschliessenden Personen zu einer neuen Subjektstellung mit irgend einem Zweck verbunden. Jedoch „das Gesetz statuirt nur die zur gemeinsamen Rechtsträgerschaft erforderliche Personeneinheit und überlässt den etwaigen volleren Ausbau der Vertragsfreiheit"[1]. Somit begründet es nicht sofort eine Berufsgemeinschaft, stellt es vielmehr dem Willen der Parteien anheim, eine solche ins Leben zu rufen.

1) Lehmann-Ring 222.
2) Gierke, Archiv für bürgl. Recht 1901, S. 118.

Bezüglich des Zweckes, welcher der Gesellschaft zu Grunde liegen soll, ist infolgedessen dem Willen der Parteien völlig freier Spielraum gelassen. Nur insofern ist bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine Schranke in dieser Beziehung gezogen, als Gesellschaften mit verbotenen und unsittlichen Zwecken allgemeinen Regeln zufolge nichtig sind. Das BGB. spricht ganz allgemein vom Eingehen des Gesellschaftsvertrags zur Erreichung eines „gemeinsamen" Zweckes. Im gemeinen Recht wurde vielfach nur ein zwecks Erzielung gemeinschaftlichen Gewinnes eingegangene Gesellschaft, eine societas quaestus, anerkannt.[1] Andere Schriftsteller, so Dernburg, halten wenigstens eine zwischen den Gesellschaftern zu begründende Vermögensgemeinschaft als ersten Zweck der Gesellschaft erforderlich.[2] Die herrschende Ansicht[3] stand jedoch auch hier auf dem Standpunkt, dass auch Gesellschaften mit nichtvermögensrechtlichen Zielen begründet werden können. Demgegenüber betonte aber für das allgemeine preussische Landrecht das Reichsgericht, dass die Gesellschaften sich von den erlaubten Vereinen durch ihren vermögensrechtlichen Zweck unterscheiden müssten.[4]

Für das bürgerliche Recht ist angesichts der allgemeinen Fassung des § 705 BGB. zweifellos anzunehmen, dass ein vermögensrechtlicher Zweck

1) Glück XV 373.

2) Dernburg, Pandekten § 129.

3) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 476 Crome, System des bürgerl. deutsch. Rechts 13.

4) BGB. 9 108; 16, 189; 39, 286.

nicht unbedingtes Erfordernis der Gesellschaft ist. So kann durch die Gesellschaft sowohl ein Vermögenserwerb bezweckt werden, — man denke an eine Gesellschaft von Minderkaufleuten —, als auch können ideale Ziele im Wege der Gesellschaft verwirklicht werden. Sehr häufig liegt demnach das Ziel der Gesellschaft auf dem Gebiete der Kunst und des Wissens, der öffentlichen Wohlfahrt und des Gemeinnutzens, ja nicht selten dient die Gesellschaft lediglich dem Vergnügen ihrer Mitglieder. Endemann erkennt solche, „lediglich auf gesellschaftliche Pflichten aufgebaute Kränzchen, Klubs u. s. w." nicht als Gesellschaften an; nach ihm ist für die Gesellschaft ein Rechtszweck erforderlich und eine Vereinigung, wie die obengenannten, sei nur dann als Gesellschaft anzuerkennen, wenn sie die finanzielle Hilfe ihrer Teilnehmer in Anspruch nähme.[1] Dem ist jedoch nicht beizutreten, und Knoke[2] sagt demgegenüber mit Recht, dass kein Bedenken obwalten könne, ob ein ausreichender Zweck vorhanden sei, sondern nur darüber, ob zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks rechtsgiltige Verpflichtungen übernommen seien.

Das Gesetz, so haben wir oben gesagt, statuiert keine Berufsgemeinschaft. Weiterer Beweis hierfür ist, dass der Zweck, der die Gesellschafter des bürgerlichen Rechts verbindet, auch ein Einzelzweck sein kann. So kann z. B. sehr wohl eine Gesell-

1) Endemann, Einführung in das Studium des Bürgl. Rechts S. 819.

2) Knoke, 16.

schaft begründet werden, die den Bau eines Theaters mit gemeinsamen Kräften und Mitteln betreiben will. Ja sogar ein einzelnes Rechtsgeschäft kann den Gegenstand des Gesellschaftsunternehmens bilden. Es lassen sich z. B. mehrere Personen zusammen einen Waggon Kohlen kommen. Hier geht freilich die Absicht der Parteien dahin, die Kohlen sofort nach Ankunft zu verteilen; aber durch den gemeinsamen Bezug kommen ihnen die Kohlen billiger zu stehen; die Gemeinschaftlichkeit des Zweckes im Sinne des § 105 BGB. ist somit als gegeben zu erachten und eine derartige Gesellschaft ist also möglich.[1] Im gemeinen Recht findet sich hier zuweilen[2] die Ansicht vertreten, bei gemeinschaftlichem Kauf einer Sache könne nur dann eine Gesellschaft vorliegen, wenn die Parteien die Absicht hätten die gekaufte Sache gemeinsam zu behalten. Ein solcher Standpunkt ist für das bürgerliche Recht nicht anzunehmen. Die sofortige Verteilung der gekauften Sache kann für die Annahme einer Gesellschaft kein Hindernis bilden. Wenn freilich die Parteien durch den gemeinsamen Kauf keinerlei Vorteil erlangten, hat keine Gesellschaft bestanden; andernfalls steht nichts im Wege eine Gesellschaft anzunehmen.[3]

Im Gegensatz zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts verknüpft der gemeinsame Zweck die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft zu einer Berufsgemeinschaft. Der Zweck der offenen Handels-

1) Knoke 14.
2) Seufferts Archiv. 26, 48; 51, 104.
3) Knoke 14.

gesellschaft ist ein bestimmter, engbegrenzter und andauernder: er muss sich auf Betrieb eines Handelsgewerbes richten. Als auf ein gewerbliches Unternehmen darf die Absicht der Gesellschafter nicht auf eine einmalige, gelegentliche Tätigkeit, sondern muss auf einen Inbegriff von Tätigkeiten gerichtet sein. „Zur Gewerbemässigkeit gehört, dass die Absicht nicht auf die einzeln vorgenommenen Geschäfte, sondern einheitlich auf den ganzen Komplex von Geschäften, auf die ganze Reihe der im Willen verbundenen Geschäfte gerichtet ist.“ [1] Durch blos gelegentliche Tätigkeit, mag sie auch sehr häufig vorkommen, z. B. gemeinsame Spekulation zu gelegentlichen günstigen Zeitpunkten, kann eine offene Handelsgesellschaft nicht begründet werden; eine solche Gelegenheitsgesellschaft ist vielmehr nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. Es muss jedoch lediglich die Absicht der Gesellschafter auf einen Inbegriff von Tätigkeiten gehen, unerheblich ist die tatsächliche Dauer; so kann das den Gewerbebetrieb eröffnende Geschäft das einzige sein; [2] dies ist z. B. möglich, wenn die Gesellschaft gleich nach Begründung durch den Tod eines Mitgliedes aufgelöst wird.

Weiterhin muss die Absicht der Parteien darauf gehen, diesen Inbegriff von Tätigkeiten zu einer fortdauernden Erwerbsquelle für sich zu gestalten. Ohne Erwerbs-, ohne Gewinnabsicht kann man ein Gewerbe nicht als vorliegend ansehen. Gesell-

1) RG. 38, 20.
2) v. Lehmann-Ring 4.

schaften mit lediglich idealen Zielen können daher nie offene Handelsgesellschaften werden. Und zwar muss Absicht der Gesellchafter primär auf Erzielung von Gewinn gerichtet sein. Eine solche Absicht kann bei einer Vereinigung mehrerer Rechtsanwälte, Maler oder Bildhauer nicht angenommen werden; hier ist die Erzielung von Gewinn das Sekundäre, und es liegt infolgedessen kein Gewerbe, sondern ein Beruf vor.

Endlich ist für den Gewerbebetrieb unentbehrlich „ein Auftreten dem Publikum gegenüber als Geschäftsmann“,[1] weil ohne eine solche Kundgebung „die Tatsache der Gewerbsmässigkeit, welche doch die Unterlage für eine ganz besondere Gattung des Rechts abgeben soll, unleidlichen Zweifeln preisgegeben wäre.“[1] So kann denn auch die offene Handelsgesellschaft nicht lediglich eine Innengesellschaft, sondern muss stets eine Aussengesellschaft sein.

Aber nicht jedes gewerbliche Unternehmen kann Gegenstand der offenen Handelsgesellschaft sein, sondern die Absicht der Gesellschafter muss sich auf den Betrieb von H a n d e l s geschäften richten. Wann solche vorliegen, ist nach den Vorschriften der §§ 1 Abs. 2, 2 und 3 HGB. zu beurteilen.

Kurz zusammengefasst ergibt sich somit: der Zweck der offenen Handelsgesellschaft muss sich auf den Betrieb von Handelsgeschäften mit der der Aussenwelt offenkundigen Absicht richten, dauernd und gewinnbringend zu sein.

1) Cosack, Handelsrecht. 25.

Indem das Gesetz als Zweck lediglich den Betrieb eines Handelsgewerbes festsetzt, statuiert es von vornherein die offene Handelsgesellschaft zu einer ständigen und umfassenden Berufsgemeinschaft. Als eine Berufsgemeinschaft schlingt die offene Handelsgesellschaft ein viel festeres Band um ihre Mitglieder als die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts; als Berufsgemeinschaft nimmt sie fast die ganze Tätigkeit ihrer Mitglieder in Beschlag; das Schicksal der Teilnehmer ist sozusagen mit dem Schicksal der Gesellschaft verknüpft. So finden sich denn auch für die offene Handelsgesellschaft Vorschriften, „die den Gedanken einer die Persönlichkeit im ganzen ergreifenden Berufsgemeinschaft Ausdruck geben.“ [1]

Unter anderm ist hier besonders das Konkurrenzverbot hervorzuheben.[2] Dieses untersagt dem Mitglied der offenen Handelsgesellschaft, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter im Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu betreiben, sowie einer andern gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter anzugehören. In ersterer Beziehung gilt das Verbot sowohl für den Betrieb eines Handelsgewerbes, wie für die Abschliessung einzelner Geschäfte, mag der Gesellschafter für eigene Rechnung oder auch in fremdem Namen, so z. B. als Handlungsbevollmächtigter, Prokurist oder Agent, handeln. Handelsgeschäfte brauchen die Geschäfte für den Gesellschafter nicht zu sein. Denn

1) Gierke, Archiv für bürgl. R. 1901 S. 120.
2) v. Gierke, Archiv für bürgl. Recht. 1901 S. 120.

er kann das Geschäft möglicherweise als Nichtkaufmann abschliessen, da er nur als Gesellschafter Kaufmann ist.[1] Ob die einzelnen Geschäfte im Handelszweige der Gesellschaft liegen, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Was „Geschäftmachen" heisst, erklärt das Gesetz nicht. Es wird darunter jedoch nicht etwa blos der tatsächliche Abschluss des Geschäftes verstanden werden müssen, sondern wie im gewöhnlichen Leben hat man hierunter jede mit Gewinnabsicht verbundene, auf den Abschluss von Geschäften gerichtete Tätigkeit zu verstehen Denn Konkurrenz kann der Gesellschaft nicht blos durch den tatsächlichen Abschluss von Geschäften, sondern schon durch die auf den Abschluss von Geschäften gerichtete Tätigkeit gemacht werden.[2]

Untersagt ist ferner dem Gesellschafter die Teilnahme an einer andern gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter. Gleichartig ist eine Handelsgesellschaft im Sinne des § 112 HGB., wenn ihr Handelszweig ein gleichartiger ist; weder kommt es auf die rechtliche Konstruktion, noch auf den Umfang des Betriebes an. Auch ist nur die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter verboten, dagegen steht es dem Gesellschafter frei, einer gleichartigen Handelsgesellschaft z. B. als Kommanditist oder als Aktionär beizutreten. Ein solcher Beitritt könnte jedoch ein „Geschäftemachen" im Handelszweige der Gesellschaft bedeuten und daher dem Gesellschafter verboten sein.[3]

1) Lehmann- Ring 238.
1) v. Goldmann 500.
1) v. Goldmann 501.

Jedoch nur ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter ist einem Gesellschafter untersagt, der Gesellschaft in obiger Weise Konkurrenz zu machen. Die Einwilligung wird ersetzt durch nachträgliche Genehmigung, indem in einer solchen Verzicht auf die Ansprüche des § 113 HGB. zu erblicken ist; auch liegt darin möglicherweise eine Einwilligung für die Zukunft.[1] Die Einwilligung gilt jedenfalls als erteilt, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung des Gesellschaftsvertrags bekannt war, dass der Gesellschafter an einer andern Gesellschaft als persönlich haftendes Mitglied teilnimmt, und gleichwohl die Aufgabe dieser Beteiligung nicht ausdrücklich ausbedungen ist (§ 112 HGB.) Diese Vorschrift ist eine praesumtio iuris et de iure.[2]

Verletzt ein Gesellschalter das Konkurrenzverbot, so steht der Gesellschaft ein Anspruch auf Schadensersatz zu; statt dessen kann sie das Geschäft als für ihre Rechnung abgeschlossen erklären, d. h. den Gewinn, den der Gesellschafter aus dem verbotenen Geschäfte erlangt hat, herausfordern. Es handelt sich bei diesen beiden Ansprüchen um ein Wahlschuldverhältnis gemäss §§ 262 ff. BGB., bei welchem das Wahlrecht abweichend von der Regel dem Gläubiger zusteht. Der praktisch bedeutsamere Anspruch ist ohne Zweifel das sogenannte Eintrittsrecht der Gesellschaft. Bei Abschluss z. B. eines einzelnen Geschäftes dürfte sich der hieraus der Gesellschaft erwachsende Schaden in vielen Fällen

1) v. Lehmann-Ring 239.
2) v. Goldmann 501.

schwerlich nachweisen lassen, während die Geltendmachung des Anspruchs auf Eintritt in das betreffende Rechtsgeschäft nicht vom Nachweise eines erlittenen Schadens abhängig ist. Beide Ansprüche verjähren in 3 Monaten seit Kenntnis von dem Überschreiten des Konkurrenzverbots, ohne Rücksicht auf die Kenntnis in 5 Jahren.

Der gesetzgeberische Grund des Konkurrenzverbots ist in der Absicht zu suchen, den Wettbewerb des einzelnen Gesellschafters, der infolge seiner Kenntnis der Beziehungen und des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft durch Wettbewerb ihr grossen Schaden zufügen könnte, zu verhindern, weiterhin aber auch in der Erwägung, „den bedenklichen Konflikt zwischen dem persönlichen Interesse des Gesellschafters und demjenigen, welches er als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft zu wahren hat",[1] tunlichst zu vermeiden.

Eine das Konkurrenzverbot anordnende Vorschrift fehlt im bürgerlichen Recht. Hier wäre sie auch nicht immer am Platze. Denn während es offenbar ist, dass ein Teilnehmer der offenen Handelsgesellschaft durch Betreiben eines Konkurrenzgeschäftes der Gesellschaft beträchtlichen Schaden zufügen kann, ist dies bei der bürgerlichen Gesellschaft nur überaus selten der Fall. Bei Gesellschaften mit idealen Zielen steht nichts im Wege, auch wird keiner der anderen Gesellschafter etwas dagegen einzuwenden haben, dass ein Gesellschafter Mitglied einer anderen Gesellschaft mit gleichen

1) Goldmann 496.

Tendenzen ist oder für seine Person gleiche Ziele gesondert verfolgt. In diesem Falle wird man daher ein Konkurrenzverbot nur annehmen können, wenn der Gesellschaftsvertrag eine diesbezügliche Bestimmung enthält.

Wo jedoch das Ziel der Gesellschaft auf Vermögenserwerb geht, wie bei einer Gesellschaft von Minderkaufleuten, wo also gewissermassen kraft Gesellschaftsvertrags eine Berufsgemeinschaft besteht, da würde das Betreiben eines Konkurrenzgeschäfts wider Treu und Glauben verstossen,[1] und demnach auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unzulässig sein. Ein Vergehen gegen das Konkurrenzverbot würde hier lediglich zum Schadensersatz verpflichten; die weitergehenden Rechte des § 113 HGB. der Gesellschaft zuzusprechen, fehlt es an einer diesbezüglichen Vorschrift.[1] Selbst in den Fällen also, wo man ein Konkurrenzverbot als vorliegend annehmen muss, hat es mangels des sogenannten Eintrittsrechts bei weitem nicht die praktische Bedeutung wie bei den offenen Handelsgesellschaft. Andererseits kann sich der zum Schadensersatz verpflichtete Gesellschafter nicht auf die kurzen Verjährungsfristen des § 113 HGB. berufen.

Wegen der engen Verbindung der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft zu einer Berufsgemeinschaft, weil hier die Teilnehmer regelmässig ihre ganze Tätigkeit und Arbeitskraft der Gesellschaft zu widmen haben, erscheint es billig, dem Gesellschafter Ersatz für Verluste zu gewähren, die

1) Knoke 32.

ihm unmittelbar aus der Geschäftsführung oder aus mit dieser untrennbar verbundenen Gefahren erwachsen.[1] Dieser Ersatzanspruch steht jedem geschäftsführenden Gesellschafter zu. Ob die Befugnis zur Geschäftsführung auf Gesetz oder Gesellschaftsvertrag beruht, kommt nicht inbetracht. Denn die enge Gemeinschaft, die den Ersatzanspruch nach der Denkschrift als billig erscheinen lässt, besteht unter allen Gesellschaftern.[2] Nur im Falle der negotiorum gestio muss man einen Ersatzanspruch als ausgeschlossen erachten, ebenso, wenn ein vertretungsberechtigter Gesellschafter die Grenzen der Geschäftsführung überschreitet.[3] Ein Ersatzanspruch kann eben nur dann gewährt werden, wenn der Gesellschafter im Rahmen seiner Befugnisse handelte.

Ein entsprechender Anspruch steht dem Teilnehmer der Gesellschaft des BGB. nicht zu. Freilich spricht auch hier in manchen Fällen die Billigkeit dafür, dass die dem Geschäftsführer infolge seiner Tätigkeit erwachsenen Verluste gemeinsam getragen werden. Aber weil die Gesellschaft in den meisten Fällen keine Berufsgemeinschaft ist, sind derartige Verluste nicht von so grosser Bedeutung für das Leben der Mitglieder, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, abgesehen davon, dass sie hier auch nicht so häufig eintreten werden. Bei der bürgerlichen Gesellschaft Ersatz zu gewähren, widerspricht auch der allgemeinen: Regel der

1) Denkschrift 83
2) v. Goldmann 493.
3) v. Lehmann-Ring 235.

Schuldner trägt die Gefahr der Erfüllung der Verbindlichkeit. Die Gewährung eines Ersatzanspruches würde somit eine Abweichung von der allgemeinen Regel bedeuten, die nur durch eine Sondervorschrift entsprechend der des § 110 HGB. gerechtfertigt wäre. Da eine solche im bürgerlichen Recht fehlt, kann von einem Ersatzanspruch keine Rede sein.[1] Ein Ersatzanspruch lässt sich bei der bürgerlichen Gesellschaft nur aus allgemeinen Grundsätzen rechtfertigen. So wären die andern Gesellschafter ersatzpflichtig, „wenn sie schuldhaft dem nichtwissenden Mitglied Gefahren verschwiegen hätten, die mit der Geschäftsführung verbunden waren".[2]

Eine weitere Folge davon, dass die offene Handelsgesellschaft als eine Berufsgemeinschaft anzusehen ist, findet sich in der Vorschrift der jährlichen Berechnung von Gewinn und Verlust. Durch diese Vorschrift nimmt einmal das Gesetz an, dass die Gesellschaft als Berufsgemeinschaft nicht vorübergehender Natur ist, dass sie sich auf eine Reihe von Jahren erstrecken wird. Dann ist die Bestimmung auch im Interesse der Mitglieder dringend geboten. Wie schon öfter hervorgehoben, hat der Gesellschafter hier meistens seine ganze Tätigkeit dem Dienste der Gesellschaft zu widmen; einen grossen Teil des Vermögens, wenn nicht das ganze, wird er zudem im Betriebe der Gesellschaft angelegt haben; da muss eine jährliche Berechnung von Gewinn und Verlust stattfinden. Der einzelne Gesell-

1) v. Knoke 69.
2) Lehmann-Ring 235.

schafter muss sich über den Stand seines Vermögens im klaren sein, muss sich am Ende des Geschäftsjahres sagen können: das hast du durch Einwerfen deines Kapitals, durch deine persönliche Arbeit verdient.

Kurz zu erörtern wäre an dieser Stelle, in welcher Weise die Berechnung des Gewinnes und Verlustes stattfindet. Grundsätzlich erfolgt sowohl die Verteilung des Gewinnes wie des Verlustes nach Köpfen. Eine Ausnahme gilt für die Beteiligung am Gewinn, wenn dem Gesellschafter ein aktiver Kapitalanteil zusteht. Es gebührt ihm alsdann eine Vorzugsdividende vom Gewinn in Höhe von 4 % seines aktiven Kapitalkontos. Besteht dagegen überhaupt kein aktiver Kapitalanteil oder besteht gar für alle Gesellschafter ein Passivkonto, so sind alle Mitglie dernach Köpfen beteiligt. Das gleiche ist anzunehmen, wenn die Aktivkonten sämtlicher Mitglieder gleich hoch sind, und die Beteiligung der Gesellschafter infolge Vertrags nicht verschieden abgestuft ist. Denn hier zunächst 4 % Prioritätsdividende und dann den Rest nach Köpfen zu verteilen, würde einen „überflüssigen Formalismus" bedeuten, indem man mit sofortiger Verteilung nach Köpfen zu einem gleichen Resultate gelangte.[1]

Wird der Jahresgewinn durch die Prioritätsdividende erschöpft, so gehen die Mitglieder ohne Aktivkonten leer aus; reicht der Gewinn nicht einmal zur Deckung der Vorzugsdividende aus, so

1) v. Lehmann-Ring 253.

bestimmen sich die Anteile der Gesellschafter mit Aktivkonten nach einem entsprechend niedrigerem Satze.

Der Gewinn wird dem Konto der Gesellschafter gutgeschrieben, der Verlust vom Konto abgeschrieben. Eine Auszahlung des Gewinnes kann ein Mitglied grundsätzlich nur in Höhe von 4 % seines aktiven Kapitalanteils verlangen. Der Inhaber eines Passivkontos kann Auszahlung des Gewinnes überhaupt nicht verlangen, vielmehr wird sein Gewinn ihm solange gut geschrieben, bis ein Aktivkonto erreicht ist. Die Auszahlung des die Vorzugsdividende übersteigenden Gewinnes kann nur insoweit verlangt werden, wenn es der Gesellschaft nicht zum offenbaren Schaden gereicht. Der Nachweis, dass die Erhebung weiteren Gewinnes der Gesellschaft zum Schaden gereicht, ist Sache der Gesellschaft, bezw. der Mitgesellschafter.[1] Der Ansicht Staubs,[2] wonach der klagende Gesellschafter diesen Nachweis zu liefern hätte, steht die Fassung des Gesetzes entgegen. Zu bemerken ist noch, dass die Bedürftigkeit des Gesellschafters nicht Voraussetzung ist; umgekehrt rechtfertigt sie jedoch auch die Erhebung nicht.[3] Überhaupt kann ein Gesellschafter nur Auszahlung des Gewinnes des letzten Jahres verlangen; der Gewinnanteil früherer Jahre ist endgültig dem Kapitalanteil zugewachsen.

---

1) v. Lehmann-Ring 256.
2) v. Staub 382.
3) Puchelt-Förtsch. Comm. zum Allg. d. HGB. Art. 108, Nr 5.

Im bürgerlichen Recht findet eine Berechnung und Verteilung von Gewinn und Verlust erst am Ende der Gesellschaft statt. Eine Bestimmung, die allgemein eine jährliche Berechnung von Gewinn und Verlust anordnete, würde schon deshalb nicht am Platze sein, weil die Gesellschaft in manchen Fällen — so eine zur Erreichung eines bestimmten Einzelzwecks eingegangene — nicht die Dauer eines Jahres erreichen wird. Sodann werden bei Gesellschaften mit idealen Tendenzen, wo Geldfragen vielfach eine geringe, Gewinnabsicht womöglich überhaupt keine Rolle spielen, die Mitglieder eine jährliche Berechnung von Gewinn und Verlust kaum wünschen und auch im Gesellschaftsvertrag nicht selten eine solche für eine längere Reihe von Jahren anordnen. Für solche Gesellschaften wäre auch eine gesetzliche Bestimmung, die eine Berechnung von Gewinn und Verlust in jedem Falle erst nach Beendigung der Gesellschaft bei Schweigen des Vertrages festsetzte, nicht unbillig, für alle Gesellschaften wäre sie nicht am Platze. So würde eine derartige Bestimmung bei einer Gesellschaft von Minderkaufleuten eine Unbilligkeit bedeuten. Diese sind, wie die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft, darauf angewiesen, aus den Beträgen der Gesellschaft ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Daher erklärt es das Gesetz für die Absicht der Parteien, dass bei Gesellschaften von längerer Dauer Rechnungsabschluss und Verteilung des Gewinnes alljährlich zu erfolgen haben.

Beteiligt sind die Gesellschafter am Gewinn und Verlust im Zweifel stets nach Köpfen; insbesondere ist bezüglich der Gewinnbeteiligung der etwa verschiedenen Höhe der Kapitaleinlagen kein Einfluss eingeräumt. Der dem einzelnen Gesellschafter gebührende Gewinnanteil kann ihm nicht vorenthalten werden. Selbst wenn es durchaus dem Interesse der Gesellschaft widerspricht, ja wenn es ihr zum offenbaren Schaden gereicht, muss auf Verlangen des Gesellschafters Auszahlung des Gewinnes erfolgen. Auch ist davon, dass der Gesellschafter nur Anspruch auf Auszahlung des nicht erhobenen Gewinnes des letzten Jahres hätte, keine Rede. Eine Verteilung des Verlustes findet während Bestehens der Gesellschaft nicht statt. Dieser bildet vielmehr ein Passivum der nächsten Jahresrechnung und „vermindert den in diesem Jahre erzielten Gewinn oder erhöht einen Verlust".[1]

Bei der offenen Handelsgesellschaft ist der Gesellschafter in vielen Fällen, da sein ganzes Vermögen im Handelsbetriebe angelegt ist, darauf angewiesen, seinen Lebensunterhalt aus dem Ertrage des Gesellschaftsvermögens zu decken. Da nun eine jährliche Auszahlung des Gewinnes nicht erfolgt, da ferner, wenn eine solche Auszahlung vertragsmässig ausbedungen wäre, das Geschäftsjahr mit einem Verlust abschliessen kann, so müsste ein anderer Weg eingeschlagen werden, um der Billigkeit, dem Bedürfnisse des einzelnen Teilnehmers gerecht zu werden. Das Gesetz spricht daher im § 122 Abs. 1

1) v. Knoke 54.

HGB. dem Gesellschafter ein Gelderhebungsrecht in Höhe von 4 % seines Kapitalanteils zu. Voraussetzung zur Geltendmachung seines Anspruchs ist für den Gesellschafter, dass er Inhaber eines aktiven Kapitalkontos ist, das für das letzte Geschäftsjahr festgestellt wurde. Nicht ist es dagegen erforderlich, dass Gewinn erzielt worden ist; gerade mit Rücksicht für den Fall, dass kein Gewinn erzielt wurde, hat das Gelderhebungsrecht des § 122 HGB. für „den Gesellschafter die grösste Bedeutung; grade mit Rücksicht auf einen solchen Fall ist es dem Gesellschafter vom Gesetz eingeräumt worden.[1]

Ein Gelderhebungsrecht, wie es dem offenen Handelsgesellschafter zusteht, kennt das bürgerliche Recht nicht.

---

1) Denkschrift 88.

II. Die Firma.

Das wesentlichste Merkmal, das die offene Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des BGB. scheidet, ist die gemeinschaftliche Firma. Die Forderung, dass die offene Handelsgesellschaft ein Handelsgewerbe betreiben muss, ferner die verschiedene Ordnung der Haftpflicht bilden kein begriffliches Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Gesellschaften. Der Betrieb eines Handelsgewerbes steht ja auch der bürgerlichen Gesellschaft frei, die Ordnung der Haftpflicht hängt, wie weiter unten zu erörtern ist, vom Willen der Gesellschafter ab; sie kann also die gleiche werden, wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Nun auch die schroffste Schranke, das Vorhandensein eines selbständigen Sondervermögens bei der offenen Handelsgesellschaft, angesichts des § 714 BGB., gefallen ist, bleibt als begrifflich unterscheidendes Merkmal für die offene Handelsgesellschaft nur übrig der Betrieb unter gemeinsamer Firma.[1]

In dieser Beziehung zeigt sich deutlich, wieviel stärker das Prinzip der gesamten Hand bei der

1) v. Lehmann-Ring 217.

offenen Handelsgesellschaft zur Durchführung gelangt ist, als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Auch äusserlich werden die Gesellschafter zu einer Personeneinheit vereinigt. Freilich ist diese Vereinigung nur formell; denn die Firma ist eben nur die einheitliche Bezeichnung, der Kollektivname der Gesellschafter. Dies zeigt sich z. B. in der Zeugnisunfähigkeit eines Gesellschafters im Prozess der Gesellschaft, ferner darin, dass sämtliche[1] Gesellschafter die Parteieide zu leisten haben. Aber äusserlich, so insbesondere dem Laien gegenüber, verkörpert die Firma die Gesellschafter.

Über die Art der Firma der offenen Handelsgesellschaft gibt das Gesetz bestimmte Vorschriften, Sie hat den Namen wenigstens eines Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz, oder die Namen sämtlicher Gesellschafter zu enthalten. Die Namen anderer als persönlich haftender Gesellschafter dürfen in der Firma nicht aufgenommen werden. Gegen eine von diesen Vorschriften abweichende Firma muss der Registerrichter von Amtswegen einschreiten. Die Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschriften bei der Bildung der Firma würde jedoch keineswegs die Existenz der offenen Handelsgesellschaft in Frage stellen. Sofern nur der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma beabsichtigt wird, ist auch dann die Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft anzusehen, wenn die von

---

1) v. Seite 77 f.

ihr angenommene Firma nicht den gesetzlichen Bestimmungen entspricht.[1]

Für die bürgerliche Gesellschaft schreibt dagegen das Gesetz keine Firma vor, es lässt sie aber auch nicht zu. Auch hier können freilich die Gesellschafter unter einem gemeinsamen Namen an die Aussenwelt treten; so wird vielfach eine Gesellschaft von Minderkaufleuten einen gemeinsamen Namen annehmen. Doch damit kann die bürgerliche Gesellschaft nie der offenen Handelsgesellschaft gleichkommen; in wie mannigfacher Beziehung auch im allgemeinen die gesetzlichen Vorschriften über die Gesellschaft dispositiver Natur sind, in dieser Beziehung vermag der Wille der Gesellschafter nichts zu erreichen. Denn der Name der offenen Handelsgesellschaft wird ins Handelsregister eingetragen und veröffentlicht und geniesst den in § 37 HGB. angeordneten rechtlichen Schutz. Dies alles entbehrt die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, bei ihr erkennt das Gesetz kein Recht auf den Namen an, wie es die offene Handelsgesellschaft im Firmenrecht besitzt.[2] Der Name der bürgerlichen Gesellschaft ist weder eintragsberechtigt noch eintragspflichtig. Bezüglich der äusseren Gestaltung bestehen keine besondere Vorschriften, anderseits fehlen auch die materiellrechtlichen Wirkungen der Firma. Es ist der Gesellschaft untersagt, ihren Namen so zu gestalten, dass er den Anschein einer kaufmännischen Firma erweckt.[3] So

1) v. Lehmann-Ring S. 223. Goldmann 469.
2) v. Gierke im Archiv für bürgl. Recht 121.
3) v. Lehmann-Ring 4.

würde z. B. gegen einen Zusatz „et Co.“ die Registerbehörde von Amtswegen einzuschreiten haben. Auch wenn eine aus zwei oder drei Personen bestehende Gesellschaft den Namen sämtlicher Gesellschafter als gemeinschaftlichen Namen annimmt, so ist das als unzulässig anzusehen; jedem Dritten nämlich, dem die Verhältnisse unbekannt sind, würde ein derartiger Name als Firma einer offenen Handelsgesellschaft erscheinen. Die Führung eines solchen Namens würde demnach, obschon er der wirkliche Name der Gesellschafter ist, unzulässig sein.

Nimmt die Gesellschaft einen unwahren Namen an, ohne dass dieser zur Firma würde im Sinne des HGB.,[1] so stände gemäss § 12 BGB. jedem, dessen Namen gebraucht würde, das Recht zu, auf Unterlassung zu klagen; andererseits hätte jeder Besitzer einer gleichlautenden Firma, mag diese auch unwahr sein, die Befugnis, gegen den Gebrauch dieses Namens einzuschreiten. Auch kann eine Gesellschaft von Minderkaufleuten nicht fordern, dass eine Konkurrenzgesellschaft einen andern Namen annimmt, wie den ihren, wenn diese sonst nach den Vorschriften des BGB. zur Führung dieses Namens befugt ist.

Beide Gesellschaften sind in gewisser Beziehung rechtsfähig, bei beiden sind Subjekte der Rechte und Pflichten die Gesellschafter in ihrer Einheit. Aber bei der offenen Handelsgesellschaft kommt dies durch ihre Firma auch formell zum Ausdruck. Sie kann nämlich unter ihrer Firma Rechte erwerben

1) Lehmann-Ring 41.

und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte erwerben, sie kann klagen und verklagt werden. Die offene Handelsgesellschaft ist unter ihrer Firma erwerbsfähig, und zwar erstreckt sich ihre Erwerbsfähigkeit auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todeswegen, nicht etwa lediglich auf Vermögensrechte, sie kann z. B. Namens-, Zeichen- und Patentrechte erwerben. Ebenso erstreckt sich ihre Verpflichtungsfähigkeit auf Eingehung von Verbindlichkeiten aller Art. So kann sie aus unerlaubten Handlungen haftbar werden, dagegen kann sie nicht strafrechtlich delinquieren.[1] Eine ausdrückliche Bezeichnung der Firma bei Erwerb von Rechten und Eingehung von Verbindlichkeiten ist jedoch nicht erforderlich, sofern nur erkennbar ist, dass mit dem Willen des vertretungsberechtigten Gesellschafters die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet sein sollte.[2]

Unter ihrer Firma ist die offene Handelsgesellschaft endlich in passiver und aktiver Hinsicht parteifähig. Prozessfähig ist sie nicht, sie kann ebensowenig einen Prozess führen, wie eine juristische Person.

Aus der Bestimmung des § 124 HGB. folgt nichts für die rechtliche Struktur der offenen Handelsgesellschaft, es wird nur die Einheitlichkeit des Auftretens nach Aussen zum Ausdruck gebracht.[3] Vor allem ist daraus nicht zu schliessen, dass sie juristische

1) RG. XV, 29.
2) RG. XXVIII, 120.
3) v. Lehmann-Ring 259.

Persönlichkeit besitzt. Sie ist und bleibt eine Unterart der Gesellschaft des BGB., wenn ihr auch im § 124 HGB. Befugnisse eingeräumt sind, ihr eine Selbständigkeit verliehen ist, die sie dem Wesen einer juristischen Person nähern. Das BGB. unterscheidet scharf zwischen rechtsfähigen Vereinen und Gesellschaften; ein rechtsfähiger Verein kann die offene Handelsgesellschaft nicht sein; es würde „sonst der Hinweis in § 105 HGB. einen logischen Widerspruch enthalten, wenn die sonstigen Vorschriften des HGB. zur Annahme einer juristischen Persönlichkeit führen müssten".[1] Auch die vorhandenen korporativen Elemente ändern nach Auffassung des Gesetzes nichts an ihrer Struktur als Gesellschaft. Es fehlt endlich der offenen Handelsgesellschaft die selbständige Rechtsfähigkeit",[2] die bei der juristischen Person vorhanden ist. Die ihr im § 124 eingeräumten Befugnisse sind Einzelbefugnisse, die sich bei der juristischen Person von selbst ergeben, in ihrer Gesammtheit jedoch die Rechtsfähigkeit nicht ausmachen.[3] Zutreffend bemerkt Dernburg bezüglich des Wesens der offenen Handelsgesellschaft: „Sie ist keine juristische Person, wird aber in vermögensrechtlicher Beziehung vom Gesetze als solche behandelt".[4]

Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts fehlt es an einer Bestimmung, die der des § 124

1) Lehmann-Ring 217.
2) Goldmann 542.
3) Goldmann 542.
4) Dernburg, bürgl. Recht 558.

HGB. entspricht; alle dort aufgeführten Handlungen müssen hier auf den Namen sämmtlicher Gesellschafter vorgenommen werden; nicht als Einheit, nicht als personenrechtliche Verbundenheit tritt die Gesellschaft in dieser Beziehung der Aussenwelt gegenüber.[1]

Besonders deutlich zeigt sich der Unterschied im Grundbuchrecht und Prozess.

Bei Beantragung einer Eintragung ins Grundbuch genügt es, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter sich der Firma bedient, er braucht nicht namens der Gesellschafter zu handeln. Eingetragen wird das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der offenen Handelsgesellschaft auf ihre Firma, das Grundbuch braucht die Namen der Gesellschafter nicht zu enthalten und wird sie auch meistens nicht enthalten. Es hat daher für das Grundbuch keinen Einfluss, ob nach der Eintragung die Personen der Gesellschaft wechseln; der Inhalt des Grundbuchs bleibt richtig, solange die Firma die gleiche bleibt.

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts dagegen hat der Antrag auf Eintragung im Namen sämtlicher Gesellschafter zu erfolgen; sämtliche Gesellschafter werden als Eigentümer oder als dinglich Berechtigte ins Grundbuch eingetragen. Auch hier wird so das „Verhältnis einer Rechtsubjektivität zur gesamten Hand öffentlich bekundet und grundbuchrechtlich gesichert".[2] Wechselt

1) Knoke 72.

2) Gierke, Archiv für bürgl. Recht 1901, 121.

jedoch hier der Personenstand der Gesellschaft, so wird der Inhalt des Grundbuchs, da sämtliche Gesellschafter eingetragen sind, unrichtig. Der ausgeschiedene Gesellschafter steht gleichwohl im Grundbuch als Berechtigter eingetragen, und gilt auch als solcher gutgläubigen Dritten gegenüber. Der Inhalt des Grundbuchs steht daher im Widerspruch zu den tatsächlichen Rechtsverhältnissen, dieses bedarf somit einer Berichtigung. Desgleichen ist eine neue Eintragung erforderlich im Falle des Eintritts eines Gesellschafters, wenn anders das Grundbuch die Rechtsverhältnisse richtig bekunden soll.

Im Prozess tritt die Bedeutung der Firma für die offene Handelsgesellschaft noch deutlicher hervor. Wie schon erwähnt, kann sie unter ihrer Firma klagen und verklagt werden. Damit verleiht ihr § 17 ZPO. als allgemeinen Gerichtsstand ihren Sitz. Dieser Gerichtsstand ist nicht etwa ein forum contractus für die von der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte, sondern ein allgemeiner Gerichtsstand.

Ein solcher allgemeiner Gerichtsstand fehlt der Gesellschaft des BGB. Sie hat einen solchen eventuell nur nach allgemeinen Grundsätzen, gegebenen falls muss für sie § 36 CPO. Platz greifen, und der Gerichtsstand der Gesellschaft durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht bestimmt werden.

Zur Bezeichnung der Partei, — sowohl bei Erhebung der Klage gemäss § 253 Abs. 3 CPO.

wie im Urteil nach § 313 Abs. 1 —, genügt bei der offenen Handelsgesellschaft die Angabe der Firma, eine Aufzählung der Mitglieder ist nicht erforderlich.[1]

Treffend ist in dieser Beziehung in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 18. 9. 1900[2] ausgesprochen, der praktische Zweck des den Bedürfnissen des Handelsstandes Rechnung tragenden § 17 Abs. 2. ZPO. würde vollständig vereitelt werden, wenn der Kläger vor Erlass des Urteils den bürgerlichen Namen des Firmeninhabers, bezw. des Gesellschafters anzugeben hätte, blos um dem formellen Erfordernisse des § 313 genügen zu können. Letztere Vorschrift finde vielmehr in Prozessen, in denen Firmen klagen und verklagt werden, dergestalt Anwendung, dass zur Bezeichnung der Partei im Urteil die Angabe der Firma genüge; nur dann seien grundsätzlich vom Richter die Personen der Firmeninhaber zu ermitteln, wenn ein besonderer prozessualer Anlass, z. B. Eidesleistung, vorliege oder ein durch besondere Umstände begründeter Zweifel hierzu Anlass gebe.

Wollen dagegen die Gesellschafter des bürgerlichen Rechts klagen, so müssen, um z. B. § 253 Abs. 3 ZPO. zu genügen, sämtliche Gesellschafter als Kläger in der Klageschrift angegeben werden; fehlt nur einer, so ist die Klage von vornherein ab-

1) Lehmann-Ring 260. Goldmann 544.

2) bei Margdan und Falkmann, Entscheidungen in der Rechtssprechung der Oberlandesgerichte 1900, 149 ff.

zuweisen. Es fehlt hier eben ein vom Gesetz anerkannter Name, der die Gesellschafter in einheitlicher Bezeichnung zusammenfasste.

Verschieden ist vor allem bei den beiden Gesellschaften die Stellung der Gesellschafter im Prozess. Wird die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma verklagt, so wird mit der Klage nur das Gesellschaftsvermögen in Anspruch genommen. Es liegt sodann notwendige Streitgenossenschaft vor, da der Rechtsstreit nur einheitlich entschieden werden kann; bezüglich des Privatvermögens steht nichts im Wege, dass ein Gesellschafter im Gesellschaftsprozess als Nebenintervenient auftritt, denn das Privatvermögen wird weder durch die Klage belangt noch im Gesellschaftsprozess vertreten, und doch wirkt das Urteil, wie später noch zu erörtern bleibt, entscheidend für das Privatvermögen. Insofern erscheint der Gesellschafter formell als Dritter und sein Interesse am Ausgang des Rechtsstreites evident.[1]

Im Prozesse gegen die Gesellschafter des bürgerlichen Rechts wird sowohl das Gesellschaftsvermögen, als auch das Privatvermögen der Mitglieder belangt, genau so, als wenn bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschaft unter ihrer Firma und die Gesellschafter zugleich auf Grund des § 125 HGB. in Anspruch genommen werden. Insofern das Gesellschaftsvermögen belangt wird, liegt notwendige Streitgenossenschaft vor; denn hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens kann die

1 RG. 5,71.

Verpflichtung der Gesellschafter nur einheitlich festgestellt werden. Insoweit jedoch das Privatvermögen in Anspruch genommen wird, ist nicht ausgeschlossen, dass bezüglich eines Gesellschafters die Verpflichtung ausgesprochen, für ein anderes Mitglied dagegen die Klage abgewiesen wird. Es liegt also einfache Streitgenossenschaft vor. Eine Nebenintervention ist hier unstatthaft und überflüssig.

Der Umstand, dass die offene Handelsgesellschaft als solche Parteifähigkeit besitzt, die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts dagegen nicht, macht sich auch bemerkbar, wenn während des Prozesses ein Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt oder unter Fortbestand der Gesellschaft ein Mitglied ausscheidet. Freilich praktisch und insbesondere für einen Gläubiger ist eine solche Veränderung bei beiden Gesellschaften ohne Einfluss. Aber die Gründe, weshalb hier jede praktische Folge ausbleibt, sind bei der offenen Handelsgesellschaft und bei der Gesellschaft des BGB. verschiedener Natur.

In dem von oder gegen die offene Handelsgesellschaft geführten Prozess hat das Ausscheiden eines Mitgliedes keinen Einfluss auf die Parteiidentität, wenigstens äussert sich ein solcher nicht formell. Partei sind hier ja formell nicht die Gesellschafter; Partei ist und bleibt die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma; letztere wird aber durch ein Ausscheiden eines Mitgliedes nicht berührt. Ebensowenig wie es einen Einfluss äussern kann, wenn der Erbe eines Nachlasses wegfällt, den ein Nachlassverwalter im Prozess vertritt, ebenso-

wenig muss das Ausscheiden eines Gesellschafters, wenn die Firma dieselbe bleibt, den gegen die Gesellschaft geführten Prozess berühren.[1]

Das Gleiche ist der Fall, wenn während des Prozesses ein neues Mitglied eintritt. Mit diesem Eintritt verbindet sich eine sofortige Vergemeinschaftlichung des Gesellschaftsvermögens,[2] ohne dass es eines besonderen Aktes bedarf, geht, wie unten noch näher zu erörtern bleibt, das Anrecht an allen der Gesellschaft gehörigen Vermögensstücken, ohne Weiteres auf das neue Mitglied über.[3] Mit der Übergabe der Aktivis wird zugleich ein Eintritt in die Passiva und in die Gesammthaft begründet. Diese Sukzession der Aktiva und Passiva hat jedoch hier prozessual nur Bedeutung, wenn die Gesellschaft sich auflöst. „Vorher kommt bei der offenen Handelsgesellschaft ein Eintritt in die Parteistellung ebensowenig in Frage, als wenn der vom Testamentsvollstrecker verwaltete Nachlass einen anderen Erben bekommt.[4]

Nur insofern hat vorher der Personenwechsel für den schwebenden Prozess Bedeutung, als ein vertretungsberechtigter Gesellschafter wegfällt oder hinzukommt.

Im Prozess gegen mehrere Gesellschafter vollends ist das Ausscheiden eines einzelnen aus der Gesellschaft völlig ohne Belang; denn auf Grund

1) v. Hellwig 284.
2) v. Cosack 284.
3) Hellwig 284.
4) v. Hellwig 285.

der gesamtschuldnerischen Haftung konnte ja gegen jeden nach Belieben vorgegangen werden, und das Urteil ergeht gegen den Ausgeschiedenen genau so, wie es gegen ihn als Mitglied der Gesellschaft ergangen wäre, ohne von der gegen die übrigen Teilnehmer ergehenden Entscheidung beeinflusst zu werden. Denn er haftet nicht etwa für diese, sondern sie haften alle insgesamt für eine Gesellschaftsschuld.[1]

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts tritt innerhalb der Partei beim Personenwechsel während des Prozesses eine Veränderung ein. In der Klageschrift, in allen Schriftzätzen sind als Partei sämtliche Gesellschafter genannt. Wechselt demnach der Personenbestand der Gesellschaft, so bedeutet das eigentlich Durchbrechung der Parteidendität und müsste eine Unterbrechung des Prozesses zur Folge haben. Gleichwohl bleibt hier jede prozessuale Folge aus, der Grund dafür ist jedoch im Vergleich zur offenen Handelsgesellschaft ein völlig verschiedener.

Tritt bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein neues Mitglied in die Gemeinschaft ein, so haftet es zwar für die Schulden des Gesellschaftsvermögens, wenn vielleicht auch nur mit seinem Anteil an demselben. Diese zivile Succession, in die Passiva bewirkt jedoch keine prozessuale Succession, sodass der neue Gesellschafter etwa als Streitgenosse in den Prozess eintritt. Es ist aber der neueingetretene als Rechtsnachfolger im Sinne des

1) v. Hellwig 283.

§ 325 ZPO. anzusehen; als Rechtsnachfolger hat nämlich nicht nur der zu gelten, welcher an Stelle des Schuldners in eine bestehende Schuld eintritt, sondern auch der, welcher neben dem bisherigen Schuldner in die rechtshängige Schuld tritt.[1] Das ergehende Urteil ist daher auch gegen das neue Mitglied wirksam und nach § 736 ZPO. vollstreckbar.

Der ausscheidende Gesellschafter „veräussert" seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen zu Gunsten der übrigen Mitglieder, denen sein Anteil zuwächst. Gemäss § 265 ZPO. behält er aber in einem solchen Falle die Befugnis, den Prozess weiterzuführen. Umgekehrt kann er sich seiner Verpflichtungen als Gesellschafter nicht einseitig entledigen, indem er wie aus der Gesellschaft auch ohne Weiteres aus dem schwebenden Prozess scheiden und seinen Rechtsnachfolgern, den übrigen Gesellschaftern, die Führung desselben allein überlassen könnte. Denn als Rechtsnachfolger sind die übrigen Gesellschafter nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners im Prozess die Rolle des Ausgeschiedenen zu übernehmen; auch wird ein Schuldner von seiner Schuld im allgemeinen nur dadurch befreit, dass sie erlischt oder der Gläubiger ihn von derselben entbindet. Nur dann würde ein Gesellschafter mit dem Austritt aus der Gesellschaft auch aus dem schwebenden Prozess ausscheiden, wenn die Haftung des Gesellschafters auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist.[1]

1) Hellwig 283.
2) v. Gierke, Archiv für l. R. 1901, 123.

Bezüglich der Bedeutung der Firma für die offene Handelsgesellschaft bleibt noch zu erwägen, dass der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma die offene Handelsgesellschaft zum Kaufmann macht. Die für Kaufleute gegebenen Bestimmungen, und zwar die für Vollkaufleute, haben somit für sie Anwendungen zu finden. So kann die offene Handelsgesellschaft z. B. Prokura erteilen, sie hat Handelsbücher zu führen; aus ihrer Kaufmannseigenschaft folgt auch die im § 136 HGB. normirte Pflicht der Eintragung in das Handelsregister.

Von einer Kaufmannseigenschaft der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann selbstverständlich keine Rede sein.

III. Die Geschäftsführung und Vertretung.

Im allgemeinen ist hier zu sagen, dass die gesetzlichen Regeln bezüglich der Geschäftsführung und Vertretung bei beiden Gesellschaften vielfach dispositiver Natur sind; nur bezüglich der Vertretung ist bei der offenen Handelsgesellschaft eine Ausnahme gemacht, hier sind die gesetzlichen Regeln in ihren Grundzügen unabänderlich.

Aber trotz der grösstenteils dispositiven Vorschriften zeigt sich immerhin ein grosser Unterschied zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und zwar schon, wenn man den Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen im ganzen vergleicht.

Bei ersterer ist das Gesetz selbst, das in umfassender Weise das äussere und innere Leben der Gesellschaft regelt, das so der Gesellschaft eine vollständige Organisation schafft. Dies zeigt sich in den eingehenden Bestimmungen über die Geschäftsführung, über deren Umfang, über die Personen, die sie ausüben, über ihre Entziehung; dies zeigt sich in den Regeln über die Beschlussfassung, vor allem aber in den weitaus absoluten Vorschriften über die Vertretung.

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts dagegen findet sich keine unmittelbare gesetzliche Organisation in dieser Beziehung, wenigstens bei weitem keine vollständige; am deutlichsten zeigt sich dies bei den wenigen Bestimmungen über die Vertretung. Die Gesellschaft muss sich hier selbst eine Organisation schaffen; fast der ganze Ausbau des äusseren Lebens ist den Gesellschaftern überlassen. So ist es nicht ausgeschlossen, dass der Gesellschaftsvertrag für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine vollkommenere Organisation schafft, als die offene Handelsgesellschaft sie kraft gesetzlicher Regelung besitzt. Aber in einer Beziehung kann die bürgerliche Gesellschaft der Handelsgesellschaft nicht gleichkommen, in einer Beziehung sind die Schranken zu gross. Nie kann sie den Gesellschaftsvertrag mit so einschneidender Aktionsfähigkeit ausstatten, wie sie das Gesetz der offenen Handelsgesellschaft in der grundsätzlichen Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht, und in den Publizitätswirkungen bei Beschränkung der Vertretungsmacht verleiht.[1]

Dass wir bei der offenen Handelsgesellschaft eine vollständige Organisation im Gesetz finden, bei der bürgerlichen Gesellschaft dagegen nicht, erklärt sich in sehr natürlicher Weise. Der Zweck der ersteren ist, wie wir oben gesehen haben, der Betrieb eines Handelsgewerbes, also ein festbestimmter, engbegrenzter. Bei der Schaffung einer Organisation hatte demnach der Gesetzgeber im grossen und ganzen nur die

1) v. Gierke, Archiv für l. R. 1901, 123.

Eigentümlichkeiten eines engbegrenzten Kreises, nämlich die des Handelsrechts und der Gewohnheiten des kaufmännischen Lebens, zu berücksichtigen. Anders steht es hierin mit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Bei den verschiedenen Zwecken und Zielen, die eine bürgerliche Gesellschaft zum Gegenstande haben kann, allen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, erscheint unmöglich; eine Organisation z. B. für eine Gesellschaft von Minderkaufleuten würde sich für eine Gesellschaft mit idealen Zielen nicht eignen. So finden wir denn im Gesetz im Vergleich zur offenen Handelsgesellschaft nur allgemeinere Vorschriften bezüglich der Geschäftsführung und Vertretung, vor allem aber keine Regeln absoluter Natur. Im einzelnen sind bezüglich der Geschäftsführung und Vertretung bei den beiden Gesellschaften im wesentlichen folgende Unterschiede zu behandeln.

a) Die Geschäftsführung.

Bezüglich der Frage, wer Befugnis zur Geschäftsführung besitzt, stehen das HGB. und das bürgerliche Recht auf ganz verschiedenem Standpunkte. Was hier kraft gesetzlicher Regelung gilt, bedarf nach Handelsrecht vertragsmässiger Beredung und umgekehrt. Was für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts „accidentell" ist, ist für die offene Handelsgesellschaft „natural", was dort „natural" ist, ist bei letzterer Gesellschaft „accidentell." [1]

1) Lehmann-Ring 243.

Das HGB. bestimmt zunächst in § 114: Zur Führung der Geschäfte sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Hier zeigt sich noch kein Unterschied bemerkenswerter Art von dem entsprechenden § 709 BGB. Nur die Fassung weist auf den im folgenden Paragraphen ausgesprochenen Gegensatz zwischen beiden Gesellschaften hin.[1] Hier ist bestimmt, dass bei der offenen Handelsgesellschaft grundsätzlich jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung berufen sein soll. Ist durch Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung nur einigen Mitgliedern übertragen worden, so ist jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt. Jeder kann „allein handeln", sagt das Gesetz (HGB. 115), jede Tätigkeit vornehmen, die die Befugnis zur Geschäftsführung mit sich bringt. Der geschäftsführende Gesellschafter braucht keinen der andern Geschäftsführer zu fragen, ja nicht einmal von seinem Vorhaben in Kenntnis zu setzen.[2] Nicht etwa ist er jedoch von der Pflicht entbunden, auf Verlangen über den Stand der Geschäfte Auskunft zu geben oder nach der Ausführung Rechenschaft abzulegen. Widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so hat sie zu unterbleiben. Ob der Widerspruch begründet ist, bleibt für seine Wirkung ohne Belang. Er muss sich jedoch auf eine einzelne, bestimmte noch vorzunehmende Handlung erstrecken. Generell der Geschäftsführung eines Gesellschafters zu widersprechen, hat kein

1) Lehmann-Ring 241.
2) v. Lehmann-Ring 241.

anderer die Befugnis; auch würde ein Widerspruch nach Vornahme der Handlung ohne Bedeutung sein. Nimmt ein Gesellschafter trotz des Widerspruchs eines andern die Handlung vor, so ist er der Gesellschaft schadensersatzpflichtig. Nach aussen wirkt der Widerspruch nicht, sofern der Gesellschafter im Rahmen der in den §§ 125, 126 HGB. eingeräumten Vertretungsmacht handelte. Beruhte jedoch die Vertretungsmacht auf einer einschränkbaren Vollmacht, so muss der Dritte die im Widerspruch liegende Einschränkung gelten lassen, sofern sie nach aussen hervortrat.[1]

Im Gesellschaftsvertrage kann auch bestimmt sein, dass die geschäftsführenden Gesellschafter nur zusammen handeln können, aber diese Bestimmung wird unwirksam, wenn Gefahr im Verzug ist; in einem solchen Falle kann jeder geschäftsführende Gesellschafter wieder selbständig für sich handeln. Dem geschäftsführenden Gesellschafter erwächst jedoch die Pflicht zu beweisen, dass tatsächlich Gefahr im Verzuge war. Wann dies vorliegt, ist im Einzelfalle zu entscheiden. Nur soviel ist vorweg im allgemeinen zu bemerken, dass Gefahr im Verzug nicht schon dann eingetreten sein kann, wenn „in Ermangelung schleunigen Handelns ein zu erzielender Gewinn der Sozietät zu entgehen droht".[2] Ein solcher Fall kommt im kaufmännischen Leben fast täglich vor, und eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, wonach die geschäftsführenden

1) v. Lehmann-Ring 244.
2) Renaud 279.

Gesellschafter nur zusammen handeln sollen, hätte demnach, wollte man dem Begriff „Gefahr im Verzug“ des § 115 HGB. eine derartige Ausdehnung geben, keine Bedeutung; vielmehr liegt Gefahr im Verzug nur dann vor, wenn es sich um Abwendung eines drohenden, wirklichen Schadens handelt.[1] Aber selbst dann ist die Berechtigung des Geschäftsführers, ohne weiteres zu handeln, nicht anzunehmen. Er muss wenigstens versuchen, die Zustimmung seiner Mitgesellschafter zu erlangen oder sich wenigstens der Zustimmung möglichst vieler zu vergewissern. Unterlassen eines solchen Versuchs kann die Verpflichtung zum Schadenersatz nach sich ziehen, es sei denn, dass der Versuch von vornherein als aussichtslos erscheint.[2]

Der geschäftsführende Gesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft kann alle Geschäfte vornehmen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Weil hier jeder Gesellschafter selbständig zur Geschäftsführung berufen ist, war eine Bestimmung über den Umfang seiner Befugnis unerlässlich. Welche Handlung innerhalb des gewöhnlichen Betriebes des Handelsgewerbes liegt, ist im konkreten Falle zu bestimmen. Rücksicht zu nehmen ist vor allem auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrags, auf Art und Umfang des tatsächlich geführten Betriebes, auf die Art der Handlung und schliesslich auf das Risiko, das mit

---

1) v. Goldmann 514.
2) v. Staub 368, Renaud 275.

derselben für die Gesellschaft verknüpft ist.[1] Bei Handlungen, die ausserhalb des gewöhnlichen Betriebes des Handelsgewerbes liegen, ist ein Beschluss sämtlicher Gesellschaften erforderlich. Unter ungewöhnlichen Geschäften sind insbesondere solche zu verstehen, die dem Zweck der Gesellschaft fremd sind, ferner selten vorkommende Geschäfte, endlich solche, die zwar unmittelbar zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören, „ihren Bedingungen aber nach von den gewöhnlichen abweichen, sei es mit Bezug auf die Grösse des Objektes oder die Art der Kreditisierung oder die Persönlichkeit des Gegenkontrahenten".[2] Als ungewöhnlich haben so z. B. zu gelten: Spekulation durch Ankauf grosser Warenmengen, wenn die Umsatzfähigkeit zweifelhaft ist oder der Preis schwankt; sehr erhebliche Kreditgewährung, mag sie sich als erheblich darstellen in Bezug auf die Höhe oder auch mit Rücksicht auf die Länge der Zeit.[3]

Das bürgerliche Rceht stellt bezüglich der Frage, in welcher Weise wird die Geschäftsführung ausgeübt, wie schon erwähnt, ganz entgegengesetzte Grundsätze auf. Was bei der bürgerlichen Gesellschaft nur infolge vertragsmässiger Beredung gilt, bestimmt hier das Gesetz, nämlich, dass die Führung der Geschäfte allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht. Jede Handlung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung aller Gesellschafter. Wie schon

1) v. Goldmann 545.
2) Lehmann-Ring 245.
3) v. Staub 369.

oben angeführt, würde hier eine den Vorschriften über die Handelsgesellschaft gleiche Regelung den verschiedensten Zwecken, die sich bei der bürgerlichen Gesellschaft vorfinden, nicht entsprechen. Auch für den Fall, dass Gefahr im Verzug eintritt, ist keine Ausnahme von dem Grundsatze der gemeinsamen Geschäftsführung zugelassen. Handelt in einem solchen Falle ein Gesellschafter ohne die erforderliche Zustimmung der übrigen Mitglieder, so ist die Handlung an und für sich für die Gesellschaft unverbindlich, bezw. sie verpflichtet den Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz. Nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Gesellschafter sie unter Umständen rechtfertigen.[1]

Das Gesetz sagt ferner bezüglich der Geschäftsführung: die Zustimmung aller Gesellschafter ist zu jedem Geschäfte erforderlich Verweigert also nur ein Gesellschafter seine Zustimmung, so hat die Handlung zu unterbleiben. Wird sie gleichwohl vollzogen, so machen sich die betreffenden Gesellschafter schadensersatzpflichtig, können sich jedoch vielleicht nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung schadlos halten.[2]

Die Zustimmung eines Gesellschafters ist für unnötig zu erachten, wenn sich der Akt der Geschäftsführung gegen ihn selbst richtet; z. B. es soll der Anspruch auf Leistung der rückständigen

1) v. Knoke 57.
2) v. Knoke 57.

Beiträge gegen ihn geltend gemacht werden. Denn in einem solchen Falle könnte ein Gesellschafter durch Verweigerung seiner Zustimmung die Geltendmachung eines jeglichen Anspruches gegen sich vereiteln.[1] Auch ist einem jeden Gesellschafter das Recht zuzusprechen, ohne Zustimmung der andern, ja selbst im Widerspruch mit ihnen, Massregeln zu treffen, die zur Erhaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendig sind. Freilich ist dieses Recht ausdrücklich nur dem Teilhaber an der Gemeinschaft nach Bruchteilen zuerkannt; es ist jedoch ohne Bedenken auch dem Teilhaber an der Gemeinschaft zur gesamten Hand zu gewähren, „weil hier die einzelnen ein viel engeres Band umschlingt.[1]

In der Verweigerung der Zustimmung eines Gesellschafters kann jedoch unter Umständen eine Verletzung der Gesellschaftspflichten liegen, immer dann, wenn die Verweigerung grundlos ist, vor allem aber, wenn sie die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich macht. In einem solchen Falle steht den Gesellschaftern der Weg zur Klage offen; die Vollstrekung ist gemäss § 894 ZPO. möglich. Die Verweigerung der Zustimmung kann ferner zum Schadensersatz verpflichten, und zwar dann, wenn den Gesellschafter Verschulden trifft. Endlich kann sie einen Grund zur Ausschliessung des Gesellschafters, bezw. zur Kündigung der Gesellschaft bilden.

---

1) Knoke 57.

Im Gegensatz zum HGB. bestimmt auch das bürgerliche Recht, dass wenn durch Gesellschaftsvertrag mehreren Gesellschaftern übertragen ist, diese nur zusammen handeln können; es hält also auch in diesem Falle an dem Grundsatze der gemeinsamen Geschäftsführung fest.

Über den Umfang der Befugnis zur Geschäftsführung enthält das bürgerliche Recht keine Vorschriften. Bei der dem BGB. zu Grunde liegenden Regel der gemeinsamen Geschäftsführung durch alle Gesellschafter besteht dafür kein Bedürfnis, während, wie schon erwähnt, infolge des entgegengesetzten Prinzips des HGB. eine Beschränkung des Umfangs bei der offenen Handelsgesellschaft unerlässlich war. Nur dann kann eine Begrenzung auch bei der bürgerlichen Gesellschaft nötig sein, wenn die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist. Das Gesetz hat jedoch auch für diesen Fall keine Bestimmungen. Eine Begrenzung muss hier aus dem Gesellschaftsvertrage ermittelt werden; dass der geschäftsführende Gesellschafter keine Handlungen vornehmen darf, die dem Gesellschaftszwecke fremd sind, ist selbstverständlich.

Die Befugnis zur Geschäftsführung kann sowohl bei der offenen Handelsgesellschaft als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts dem geschäftsführenden Mitgliede entzogen werden. Jedoch verschieden ist sowohl die Voraussetzung wie die Art der Entziehung.

Bei der offenen Handelsgesellschaft kann einem Gesellschafter immer die Befugnis zur Geschäfts-

führung entzogen werden, mag sie ihm kraft Gesetzes oder Vertrags zustehen. Gerade für den erstern Fall ist diese Bestimmung am wichtigsten; denn vorzugsweise hier, wo in Ermangelung einer diesbezüglichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags jeder Gesellschafter kraft Gesetzes selbständig zur Geschäftsführung befugt ist, wird sich das Bedürfnis geltend machen, einen geschäftsführenden Gesellschafter auszuschliessen, wenn wichtige Gründe vorliegen.[1]

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts dagegen, wo das Prinzip der Geschäftsführung durch alle Mitglieder insgesamt Grundsatz ist, würde etwaige Pflichtverletzung oder Unfähigkeit eines einzelnen Gesellschafters keinen grossen Schaden anzurichten vermögen. Ebensowenig wie sich in diesem Falle eine Begrenzung des Umfangs der Geschäftsführung als nötig erweist, erfordert das Interesse der Gesellschaft bei der Kollektivgeschäftsführung die Möglichkeit des Ausschlusses eines einzeln geschäftsführenden Mitgliedes. Auch beruht in diesen Falle die Befugnis zur Führung der Geschäfte nicht auf einem Vertrauensakte; von einer Täuschung des Vertrauens kann daher nur insofern die Rede sein, als die andern Gesellschafter ein unfähiges Mitglied in ihre Gemeinschaft aufgenommen haben, als Mittel gegen eine derartige Täuschung gibt es eben nur die Auflösung der Gesellschaft. Eine Entziehung der Geschäftsführung gibt es in dem Falle, dass sie auf Gesetz beruht, nicht.

1) v. Denkschrift 86.

Anders ist es dagegen, wenn einem oder mehreren Gesellschaftern die Befugnis zur Geschäftsführung kraft Gesellschaftsvertrags zusteht. In einer derartigen Übertragung der Geschäftsführung liegt ein Akt des Vertrauens seitens der übrigen Gesellschafter. Das Vertrauen kann sich infolge Unfähigkeit oder Pflichtverletzung des Geschäftsführers als ungerechtfertigt erweisen, und so muss die Möglichkeit geboten sein, diesen Vertrauensakt wieder rückgängig zu machen; andernfalls könnten sich auch hier die getäuschten Mitglieder nur durch Kündigung der Gesellschaft schützen.[1] So bestimmt denn das Gesetz, dass eine Entziehung der auf Gesellschaftsvertrag beruhenden Befugnis zulässig ist, wenn wichtige Gründe vorliegen.

Die Entziehung der Geschäftsführung erfolgt bei der offenen Handelsgesellschaft durch gerichtliche Entscheidung. Freilich ist auch hier im Grunde genommen die Entziehung von dem Willen der Gesellschafter abhängig; sie setzt einen Willensakt der übrigen Gesellschafter voraus, der sich in Form eines Beschlusses äussert.[2] Aber der Beschluss bestimmt nur, dass Klage auf Entziehung zu erheben ist. Insofern prüfen die Gesellschafter auch selbst, ob Gründe vorliegen, die eine Entziehung rechtfertigen. Doch ist dies gewissermassen nur eine Art Vorprüfung. Die definitive Entscheidung liegt in Händen des Richters. Er entscheidet, ob in der Tat wichtige Gründe vorliegen und spricht

1) v. Knoke 63.
2) v. Lehmann-Ring 286.

gegebenenfalls die Entziehung der Geschäftsführung durch Urteil aus. Das Urteil hat konstitutive Kraft; die Entziehung, heisst es, erfolgt „durch gerichtliche Entscheidung." Die Mitwirkung des Gerichts ist jedoch lediglich eine negative. Der Richter kann weder im Urteil einen andern Geschäftsführer ernennen, noch den Inhalt der Geschäftsführung ändern, z. B. sie in eine Kollektivgeschäftsführung verwandeln oder den Vollmachten eines Gesellschafters engere Grenzen ziehen.[1]

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts erfolgt die Entziehung der Geschäftsführung durch Beschluss der Gesellschafter. Die Gesellschafter selbst erklären den Geschäftsführer seiner Befugnis für verlustig, und mit dem Augenblicke, wo dem Gesellschafter der Beschluss zugeht, tritt die Entziehung in Kraft. Zwar kann auch hier der so von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter richterliche Prüfung der Wichtigkeit der Gründe verlangen, aber erst nachträglich, und das ergehende Urteil bestätigt oder verwirft den Beschluss, hat also statt konstitutiver nur deklaratorische Bedeutung. Nur auf dem Wege der einstweiligen Verfügung ist eine Entziehung durch den Richter zuzulassen.

b) Die Vertretung.

Das bürgerliche Recht legt den Gesellschaftern keine Vertretungsmacht bei, es gibt hier keine Ver-

1) v. Renaud 287.

tretung der Gesellschaft Sollen also alle Gesellschafter Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet werden, so müssen sie eigentlich alle zusammen handeln; alle Leistungen müssen an alle erfolgen- und Willenserklärungen sind an alle insgesamt abzugeben. Ein solches gemeinsames Handeln wäre aber im täglichen Leben überaus lästig und kaum durchführbar. Deshalb werden in den meisten Fällen die Gesellschafter Bevollmächtigte ernennen, entweder aus ihrer Mitte oder auch dritte Personen. Die Vollmacht kann im ersterem Falle auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen, es kann aber auch ein anderes Rechtsgeschäft zu Grunde liegen. Die so geschaffene Vertretungsmacht ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die Vollmacht zu beurteilen, steht also ganz ausserhalb des Gesellschaftsverhältnisses. Es wird auch hiermit keine Vertretung der Gesellschaft, sondern nur eine der einzelnen Gesellschafter geschaffen.

Die Vollmacht kann natürlich in verschiedener Weise erteilt werden. So können durch sie ein oder auch mehrere Vertreter bestellt werden. Aber dadurch ist nicht gesagt, dass die anderen von der Vertretung ausgeschlossen werden. Denn durch den Akt der Vollmachterteilung verlieren sie keine Rechte; sie können zwar nur sich verpflichten, sie können allein über das Gesellschaftsvermögen nicht verfügen, aber alles das wäre auch ohne Bevollmächtigung der Fall.[1]

---

1) v. Knoke 74.

Der Dritte, welcher mit dem vertretenden Gesellschafter in Berührung kommt, muss sich jedesmal vom Vorhandensein der Vollmacht überzeugen, wenn er sicher gehen will. In einem Falle hat er auch ohne Vorlegung einer Vollmachtsurkunde eine gewisse Garantie, dass Vertretungsmacht vorhanden ist. Es stellt nämlich das Gesetz eine Auslegungsregel auf. Soweit einem Gesellschafter Befugnis zur Geschäftsführung übertragen ist, soll er auch im Zweifel die Gesellschafter vertreten können. Aber der Dritte ist durch diese Bestimmung keineswegs für alle Fälle geschützt; sie ist eben nur eine Auslegungsvorschrift, Geschäftsführung und Vertretungsmacht brauchen keineswegs notwendig zusammenzufallen. Ein Geschäftsführer z. B., dem lediglich die Pflicht obliegt die Bücher der Gesellschaft zu führen, wird vielfach keine Vertretungsmacht besitzen. Ferner kann die Vermutung des § 714 BGB. durch Umstände widerlegt werden, die dem Dritten nicht bekannt sein können.[1] Vollständig sicher gehen kann daher der Dritte nur, mag er mit einem geschäftsführenden Gesellschafter oder sonst einem Vertreter kontrahiren, wenn der Vertreter durch Vorlegung einer Vollmachtsurkunde seine Vertretungsmacht nachweist, oder wenn dem Dritten die Vollmachtserteilung durch besondere Mitteilung oder auch durch öffentliche Bekanntmachung mitgeteilt ist. Auch dann wird man Vertretungsmacht eines geschäftsführenden Gesell-

1) v. Knoke 74.

schafters annehmen können, wenn ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag vorgelegt wird, der keine Umstände enthält, wodurch die gesetzliche Vermutung des § 714 widerlegt wird. Auf Umstände, die nicht aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgehen, können sich die Gesellschafter in einem solchen Falle nur berufen, wenn sie dem Dritten bekannt waren oder bekannt sein mussten.[1]

Während bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die gesetzliche Vermutung für eine Verbindung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht spricht, bestehen bei der offenen Handelsgesellschaft beide Befugnisse selbständig ohne jede innere Verbindung; ist demnach ein Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, so folgt damit nichts für seine Vertretungsmacht.[2] Und zwar ist bei der offenen Handelsgesellschaft jedes Mitglied kraft Gesetzes berechtigt die „Gesellschaft" zu vertreten, dergestalt, dass ein jeder für sich diese Berechtigung hat. Im Gegensatz zur Gesellschaft des BGB. finden wir also hier statt der gewillkürten, eine gesetzliche Vertretung, und zwar eine solche der „Gesellschaft", nicht der einzelnen Gesellschafter. „Der einzelne Gesellschafter wird weder als Privatperson, noch soweit er selbst nach dem Gesetz tätig sein muss, z. B. hinsichtlich der Unterzeichnung der Bilanz, der Anmeldungen zum Handelsregister u. s. w. durch den vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten. Vertreten

1) v. Knoke 74.
2) v. Lehmann-Ring 246.

werden nur die unter ihrer Firma vereinigten Gesellschafter in ihrer Gesamtheit".[1]

In § 125 HGB. ist jedoch nicht gesagt, dass die den Gesellschaftern des bürgerlichen Rechts mangelnde Vollmacht zur Vertretung der übrigen hier allen zusteht, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag in zulässiger Weise eine Abweichung bestimmt. Vollmacht besitzen die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft nicht. Hier verleiht die Vertretungsmacht den Gesellschaftern die Befugnis als Organ der Gesellschaft aufzutreten,[2] und während im BGB der einzelne Gesellschafter, wenn ihm Befugnis zur Vertretung zusteht, als Bevollmächtigter zu behandeln ist, ist hier die Stellung des vertretungsberechtigten Gesellschafters von der des Bevollmächtigten völlig verschieden. Er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters in Beziehung auf das Gesellschaftsvermögen. Das Recht der Verfügung und Verwaltung, welches er ausübt, ist ein Ausfluss der selbständigen Rechtsstellung des Gesellschaftsvermögens, und die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter sind nicht allein durch das Prinzip der gesamten Hand gebunden, sondern es mangelt ihnen auch die Sachlegitimation.[3]

Wie vorhin erwähnt, ist kraft Gesetzes jeder Gesellschafter für sich vertretungsberechtigt. Von dieser gesetzlichen Regelung kann der Gesellschaftsvertrag abweichende Bestimmungen treffen,

1) v. Lehmann-Ring 265.
2) v. Gierke, Archiv für b. R. 1901 S. 121.
3) v. Gierke, Archiv f. b. R. 1901, S. 121.

jedoch nur in beschränktem Masse So kann er eine Gesamtvertretung einführen, die wieder in vier verschiedenen Arten zum Ausdruck kommen kann.[1] Es sollen einmal alle Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung ermächtigt sein oder es sollen zwar alle Gesellschafter Kollektivvertretung haben, jedoch in der Weise die Gesellschaft verpflichten können, dass nur ein Teil von ihnen, etwa zwei, jedesmal auftritt. Ferner kann ein Teil der Gesellschafter Ganz-, ein Teil Kollektivvertretung haben, endlich kann ausgemacht werden, dass der eine oder jeder einzelne Gesamtvertreter nur zusammen mit einem Prokuristen handeln soll.[2]

Im Falle der Gesamtvertretung haben die Gesellschafter im Namen der Gesellschafter zusammen rechtsgeschäftlich zu handeln. Und zwar muss die Mitwirkung aller dem andern Teile gegenüber geschehen, nicht etwa so, dass sie ein nicht in Erscheinung tretendes Internum für die Gesamtvertreter bleibt.[3] So hat entweder ein jeder die Erklärung abzugeben, oder die Abgabe erfolgt nur von einem einzeln, in welch letzterem Falle dann die übrigen dem Dritten gegenüber ihre Zustimmung ausdrücken müssen, sei es sofort oder durch nachträgliche Genehmigung.[4] Dagegen ist es nicht genügend, wenn etwa ein Gesamtvertreter

---

1) Lehmann-Ring 266.
2) v. Lehmann-Ring 266.
3) RG. 40,90.
4) Lehmann-Ring 267.

erklärt, dass die Handlung mit Wissen und Willen der andern erfolge.[1]

Die Kollektivvertretung ist ferner stets eine Vertretung im ganzen. Die Kollektivgeschäftsführung kann sich nur auf gewisse Geschäfte erstrecken. Eine solche Vereinbarung ist bei der Gesamtvertretung als unzulässig zu erachten, ebenso eine Verabredung des Inhalts, dass die Kollektivvertretung nur für bestimmte Zeit gelten solle.[2]

Sdhr nahe liegt hier die Annahme, dass die Gesamtvertretung als „ein Auschluss der Vertretung und Substituierung einer besonderen Vollmacht"[3] aufzufassen sei, so dass die zur Gesamtvertretung ermächtigten Gesellschafter gleiche Stellung mit den besonderen Vertretern der bürgerlichen Gesellschaft hätten. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Gesamtvertretung stellt lediglich eine zulässige Beschränkung der gesetzlichen Vertretung dar, letztere besitzt nämlich der betreffende Gesellschafter nicht in vollem Masse. Aber die Gesamtvertretung bleibt eine gesetzliche Vertretung, ist somit nicht etwa nach den Grundsätzen der gewillkürten zu behandeln. § 125 Abs. 4 HGB. hält Ausschluss von der Vertretung und Gesamtvertretung bewusst auseinander, und somit müssen grundsätzlich für die Gesamtvertretung die Regeln der gesetzlichen Vertretung Anwendung finden.[4]

---

1) ROHG. XVII, 402.
2) v. Lehmann-Ring 267.
3) v. Lehmann-Ring 264.
4) v. Lehmann-Ring 264.

Im Falle der Gesamtvertretung sind von der Regel, dass die vertretungsberechtigten Gesellschafter nur insgesamt die übrigen verpflichten können, wieder zwei Ausnahmen gemacht. Einmal können die zur Gesamtvertretung berechtigten Gesellschafter einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder Arten von Geschäften ermächtigen. Es bestehe, so erklärt die Denkschrift, unleugbar ein Bedürfnis, von der Notwendigkeit des gemeinsamen Handelns sämtlicher vertretungsberechtigter Gesellschafter eine Ausnahme zuzulassen, auch wenn die Gesamtvertretung als allgemeine Regel im Gesellschaftsvertrag angeordnet sei, was die Häufigkeit von Prozessen, in denen es sich um die Gültigkeit von Ermächtigungen der fraglichen Art handele, zur genüge beweise.[1]

Eine entsprechende Befugnis ist den Gesellschaftern des bürgerlichen Rechts, denen von den übrigen Gesamtvollmacht erteiltist, nicht zuzusprechen. Die Regel des HGB. ist nämlich eine Ausnahme von § 121 BGB., wonach ein Vertreter nicht in eigenem Namen ein Rechtsgeschäft mit sich abschliessen kann. Ein solches Selbstkontrahieren ist aber in diesem Falle anzunehmen; denn unter den Vollmachterteilenden ist der Bevollmächtigte selbst.[2] Mangels einer besonderen Vorschrift im BGB. muss es bei der bürgerlichen Gesellschaft bei dem Verbot des Selbstkontrahierens bleiben.

---

1) v. Denkschrift 91.
2) v. Lehmann Ring 266. Denkschrift 91.

Die von den Kollektivvertretern erteilte Befugnis zur Vornahme einzelner Geschäfte ist nicht als Handlungsvollmacht mit dem entsprechenden gesetzlichen Inhalt aufzufassen.[1] Es handelt sich vielmehr um eine nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilende Vollmacht. Und zwar liegt stets eine Spezialvollmacht vor. Eine generelle bürgerliche oder eine Handelsvollmacht können die Gesellschafter nur einem Dritten erteilen.[2]

Ebensowenig wie das bürgerliche Recht die Frage, wem steht Vertretungsmacht zu, regelt, ist der Umfang einer etwa rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht gesetzlich festgelegt. Auch dieser ist nach allgemeinen Grundsätzen zu bemessen. Er kann beliebig ausgedehnt und eingeschränkt werden, und ist jedesmal besonders anzugeben und gegebenenfalls zu beweisen. Das Gesetz gibt jedoch auch hier eine Auslegungsregel im § 714 BGB. Aus der Befugnis zur Geschäftsführung soll nämlich nicht nur folgen, dass einem Gesellschafter Vertretungsmacht zusteht, sondern sich auch im Zweifel der Umfang der Vollmacht bestimmen. Ist demnach jemand unbeschränkt zur Geschäftsführung berufen, so besitzt er auch für alle im Rahmen des Gesellschaftszwecks fallende Geschäfte im Zweifel Vertretungsmacht. Steht ihm umgekehrt die Geschäftsführung nur für einen begrenzten Kreis von Geschäften zu, so kann er auch die zu diesem Kreise

---

1) v. Staub 402.
2) v. Goldmann 522, Lehmann-Ring 268.

gehörenden Rechtsgeschäfte mit Wirkung für die Gesellschaft und gegen Dritte abschliessen.[1]

Tritt jedoch ein Gesellschafter, der nicht zur Geschäftsführung berufen ist, als Vertreter auf, so kommt für den Umfang seiner Vertretungsmacht lediglich der Akt der Vollmachtserteilung inbetracht. Bei ihrer Auslegung sind insbesondere der Zweck, welcher die Erteilung veranlasst hat, dann auch das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zu beachten. Aus allem erhellt, dass ein Dritter über den Umfang der Vertretungsmacht ebensowenig sicher gehen kann, wie bezüglich der Frage, wem überhaupt Vertretungsmacht zusteht. Sichere Garantie bietet auch hier nur eine Urkunde, die den Umfang der Vollmacht genau bestimmt.

Besitzt auch ein Gesellschafter unbegrenzte Vertretungsmacht, so ist diese doch nur zunächst als Vollmacht zu materiellen Rechtsgeschäften aufzufassen; er hat damit nicht zugleich die Befugnis, die andern Gesellschafter im Prozess zu vertreten. Hierzu bedarf es einer besonderen Prozessvollmacht, die den Gesellschafter zum gewöhnlichen Prozessbevollmächtigten macht.

Anders steht es bezüglich des Umfangs der Vertretungsmacht bei der offenen Handelsgellschaft Hier hat zunächst der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis und der der Vertretungsmacht nichts miteinander zu tun. Die Vertretungsmacht hat vielmehr einen festbestimmten, gesetzlichen Inhalt;

---

1) v. Knoke 78.

sie ist unbeschränkt. Sie erstreckt sich auf alle gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäfte.

Die vertretungsberechtigten Gesellschafter bedürfen im Prozess keiner besondern Prozessvollmacht, sie sind vielmehr die geborenen Prozessbevollmächtigten der Gesellschaft, der einzelne vertretungsberechtigte Gesellschafter kann infolgedessen alle Prozesshandlungen vornehmen, er kann die Klage erheben und zurücknehmen, kann gerichtliche Geständnisse ablegen, kann den Klageanspruch ganz oder zum Teil anerkennen und den Rechtsstreit durch Vergleich beenden, kann endlich Eide zuschieben, annehmen und zurückschieben. Über die Stellung der vertretungsberechtigten Gesellschafter und die Stellung der von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter herrscht bezüglich der Leistung der Parteieide abweichend von der Gesellschaft des BGB. Meinungsverschiedenheit. Die herrschende Ansicht behauptet, dass hier im Gegensatz zur bürgerlichen Gesellschaft nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter die Parteieide zu leisten hätten. In der Leistung und Verweigerung der Eide liege ein dispositiver Akt, dessen Vornahme nur dem obliege, welcher die Gesellschaft verpflichten könne. Gegen diese Ansicht wendet sich Gierke.[1] Mit Recht betont er, dass der dispositive Akt lediglich in der Annahme und Zurückschiebung der Eide liege, die Eidesleistung dagegen kein dispositiver Akt, sondern nur die feierliche Bekundung der

1) Gierke, Genossenschaftstheorie 600.

Wahrheit sei; sie sei keine Willenserklärung, sondern eine Erklärung des Wissens oder des Nichtwissens und liege daher der Partei persönlich ob. Es haben daher sämtliche Gesellschafter die Parteieide zu leisten, alle sind doch „Mitträger der Parteirolle".[1]

Auch auf das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit erstreckt sich die Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters. Er kann Anträge z. B. beim Grundbuchamt stellen, kann Anmeldungen bei der Registerbehörde machen. So genügt bei der Anmeldung der Prokura zum Handelsregister die Anmeldung eines vertretungberechtigten Gesellschafters. Nur in den Fällen, wie im § 105, 125 Abs. 1 HGB., wo ausdrücklich das Gesetz die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter vorgeschrieben hat, müssen sämtliche Gesellschafter handeln.[2]

Die Vertretungsmacht erstreckt sich ferner auf alle aussergerichtlichen Geschäfte einschliesslich der Belastung und Veräusserung von Grundstücken. Letzteres ist ausdrücklich, ohne dass es angesichts der Fassung des § 126 HGB. noch besonders hätte ausgesprochen werden brauchen, hervorgehoben.[3] Der Vertretungsberechtigte kann selbst Schenkungen machen, ja Geschäfte mit rechtlicher Verbindlichkeit abschliessen, die zu dem Handelsgewerbe der Gesellschaft in keiner Beziehung stehen.[4]

1) Lehmann-Ring 261.
2) Lehmann-Ring 272.
3) v. Goldmann 557.
4) ROHG. V. 295.

Die Vertretungsmacht ertreckt sich endlich auf unerlaubte Handlungen, wenn die „Handlung nach dem dem gesellschaftlichen Gewerbebetrieb gesetzten Zwecke und nach den für seine Erreichung betätigten Mitteln diesem Gewerbebetrieb angehört".[1] Wenn auch das Gesetz dem Gesellschafter ausdrücklich nur Vertretungsmacht hinsichtlich der „Rechtshandlungen" verleiht, so bestehe doch, wie Cosack[2] erklärt, „ein sicheres Gewohnheitsrecht" für die offene Handelsgesellschaft, dass die Vertreter auch bezüglich derartiger unerlaubter Handlungen Vertretungsmacht hätten.

Nur ganz besondere Fälle sind denkbar, in denen der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Gesellschaft nicht wirksam verpflichten kann. So z. B. wenn der Dritte, mit dem der Vertreter in Berührung kommt, selbst Gesellschafter ist. Letzterem würde man, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter seine Befugnisse überschritte, mit Erfolg Einreden aus dem Gesellschaftsvertrag entgegenhalten können. Ferner ist eine Grenze für den Umfang der Vertretungsmacht dahin zu ziehen, dass der Gesellschafter nicht mit einem Dritten in betrügerischer Weise zum Nachteil der Gesellschaft kollidieren darf, und zwar ist hier erforderlich eine arglistige rechtswidrige Schädigung der Gesellschaft unter wissentlicher Mitwirkung des Dritten. Ohne eigentliche betrügerische Kollision auf Seiten des Dritten ist das die Gesell-

1) RG. XV, 18.
2) v. Cosack, Handelsrecht 541.

schaft schädigende Rechtsgeschäft als im Rahmen der Vertretungsmacht liegend anzusehen; Ansprüche gegen den Dritten wären dann nur nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung herzuleiten.[1]

Für alle Geschäfte gilt bezüglich der Vertretungsmacht die Beschränkung, dass sie in das Gebiet fallen müssen, auf dem ein Kaufmann als solcher sich betätigen kann, vor allem müssen sie auf dem Gebiete des Vermögensrechts liegen. Da auch Grundstücksgeschäfte nach heutigem Recht Handelsgeschäfte sein können, „ist eine andere Auffassung überflüssig und führt zu dem logischen Widerspruch, dass, was kein Kaufmann als solcher tun kann, dessen gesetzlicher Vertreter für ihn tun könne." [2]

Endlich sind selbstverständlich die Schranken zu beachten, die vom Gesetz selbst aufgestellt sind. So kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht einseitig die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen, einen Dritten in dieselbe aufnehmen, ihren Sitz oder ihre Firma ändern.[3]

Der Umfang der Vertretungsmacht hat bei der offenen Handelsgesellschaft einen absoluten Charakter, er ist unbeschränkbar. Anträge auf Eintragungen in das Handelsregister, die z. B. die Vertretungsmacht auf gewisse Geschäfte oder auch auf einen grossen Kreis von Geschäften beschränken würden, sind vom Registerrichter abzulehnen. Und selbst wenn

1) v. Bolze VI, No. 634, 635.
2) Lehmann-Ring 269.
3) v. Lehmann-Ring 272.

derartige Eintragungen etwa vollzogen und veröffentlicht würden, so würde dies doch keineswegs die beabsichtigte Wirkung herbeiführen. Denn selbst wenn der Dritte weiss, dass eine solche Beschränkung existiert, braucht er sich nicht darum zu kümmern; da das Gesetz sie für kraftlos erklärt, kann er sie als nicht vorhanden ansehen.[1]

Nur in zwei Fällen lässt selbst das Gesetz die Möglichkeit der Beschränkung der Vertretungsmacht zu. Es kann vereinbart werden, dass die Vertretungsmacht eines Gesellschafters sich nur auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen erstrecken soll, unter der Voraussetzung, dass diese unter einer besonderen Firma, welche sie als Zweigniederlassung kennzeichnen muss,[2] betrieben wird. Eine derartige Beschränkung kann nur durch Vertrag getroffen werden; eine gesetzliche Vermutung, entsprechend der des § 714 BGB., wonach z. B. ein Gesellschafter, der nur für eine von mehreren Niederlassungen Geschäftsführungsbefugnis besitzt, auch nur im Rahmen der Geschäfte dieser Niederlassungen vertretungsberechtigt wäre, gibt es nicht. Ferner ist, wie schon oben erwähnt, die Anordnung einer Gesamtvertretung zulässig, in dieser liegt ebenfalls eine Beschränkung der Vertretungsmacht des einzelnen.

Der Dritte, der mit der Gesellschaft in Berührung kommt, soll in jedem Falle sich Gewissheit verschaffen können, wie die Verhältnisse bezüglich

1) ROHG. V 296.
2) Lehmann-Ring 270.

der Vertretung der Gesellschaft liegen. Es ist daher der Ausschluss eines Gesellschafters von der Vertretung, die Anordnung einer Gesamtvertretung, sei es eine Gesamtvertretung durch Gesellschafter oder durch Gesellschafter im Verein mit einem Prokuristen, die Beschränkung der Vertretungsmacht auf eine von mehreren Niederlassungen, endlich jede eintretende Veränderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Dritte ist eben berechtigt, den vollen Umfang der Vertretungsmacht bei jedem Gesellschafter anzunehmen. Er braucht eine Anordnung der oben bezeichneten Art vor ihrer Eintragung und Bekanntmachung nur dann gegen sich gelten lassen, wenn sie ihm bekannt war. Nach der Eintragung und Bekanntmachung dagegen wirkt sie auch gegen ihn, es sei denn, dass er sie weder kannte, noch kennen musste.

Sowohl bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als bei der offenen Handelsgesellschaft ist eine Entziehung der Vertretungsmacht aus wichtigen Gründen zugelassen, und zwar analog der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis hier durch gerichtliches Erkenntnis, dort durch Beschluss der Gesellschafter. Doch findet sich hier eine weitere Verschiedenheit.

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts erklärt, wie schon öfter erwähnt, das Gesetz Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht als eng zusammenhängend. Es bestimmt daher das BGB. bezüglich der Entziehung der Vertretungsmacht

in konsequenter Weise, dass, wenn diese dem Gesellschafter zugleich mit der Befugnis zur Geschäftsführung übertragen ist, sie ihm auch nur zugleich mit dieser entzogen werden kann. Beide Befugnisse sind dem Gesellschafter als etwas Zusammengehöriges übertragen worden; es kann ihm nicht zugemutet werden, die Geschäfte weiter zu führen, während er die Vertretungsmacht einbüssen soll. [1]

Bei der offenen Handelsgesellschaft dagegen kann der Gesellschafter die Vertretungsmacht durch Entziehung verlieren, ohne dass er gleichzeitig Befreiung von der Pflicht zur Geschäftsführung verlangen könnte. Auch wenn beide Befugnisse zusammen übertragen waren, so behandelt sie das Gesetz doch keineswegs als zusammengehörig. Auch würde eine Anordnung gleich der des BGB. direkt dem Interesse der Gesellschaft widersprechen, und zwar in einem erheblich höheren Grade, als dies bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts möglich wäre. Sehr wohl kann ein Gesellschafter ein tüchtiger Geschäftsführer sein, während er als Vertreter der Gesellschaft ungeeignet erscheint. Der Zweck der Entziehung der Vertretungsmacht ist lediglich der, das Gesellschaftsvermögen vor Schaden durch Unfähigkeit und Pflichtverletzung zu schützen; [2] deshalb kann dem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung im Falle der Entziehung der Vertretungsmacht ruhig belassen werden.

1) v. Knoke 75.
2) v. Lehmann-Ring 274.

IV. Das Gesellschaftsvermögen.

Am augenfälligsten kommt das Prinzip der gesamten Hand bei dem Vermögen der beiden Gesellschaften zum Ausdruck. Grundsätzlich haben hier die gleichen Rechtssätze Anwendung zu finden. Das Gesellschaftsvermögen ist gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Die juristische Konstruktion des Anteilsrechts am Gesellschaftsvermögen, mag es als Forderung des einzelnen gegen die Gesellschaft, als ungeteiltes Miteigentum mit festen oder veränderlichen Quoten, als Gesamteigentum aller Gesellschafter oder als wandelbares Wertanteilsrecht aufgefasst werden, muss für beide Gesellschaften die gleiche bleiben.[1]

In beiden Fällen ist das Gesellschaftsvermögen ein Sondervermögen der Gesellschafter und besitzt als Sondervermögen eine gewisse Selbständigkeit. Absolut selbständig ist es jedoch nicht, denn ein absolut selbständiges Vermögen gibt es eben nur bei der juristischen Person. Im übrigen ist der Begriff des Sondervermögens dehnungsfähig, indem

1) v. Lehmann-Ring 219.

dem Vermögen bald grössere, bald geringere Selbständigkeit zuerkannt ist. Dies kommt vor allem bei dem Vermögen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und bei dem der offenen Handelsgesellschaft zum Ausdruck. „Die Rechtsnorm der gesamten Hand, die auch die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts beherrscht, tritt bei der offenen Handelsgesellschaft in stärkerer Färbung und mit grösserer Annäherung an die juristische Person hervor, als bei der Gesellschaft des BGB."[1]

Dies zeigt sich, wenn auch in geringerem Masse in dem internen Verhältnisse der Gesellschafter zu ihrem Sondervermögen. Das Gesetz statuiert bei der offenen Handelsgesellschaft das Vermögen als ein Sondervermögen, gewissermassen als ein fremdes Vermögen den Gesellschaftern selbst gegenüber. Wäre dies lediglich der Fall, wenn z. B. der Gesellschafter Ansprüche als Darlehnsgläubiger erhebt, so läge darin nichts auffälliges. Aber selbst dann, wenn es sich um interne Rechtsverhältnisse des Gesellschafters, die aus seiner Stellung als Gesellschafter fliessen, handelt, tritt ihm die „Gesellschaft" als solche entgegen. Und zwar ist dies bei der offenen Handelsgesellschaft stets der Fall, wenn es sich um Rechte und Pflichten der Gesamtheit handelt. So macht die „Gesellschaft" als solche die Ansprüche wegen der Einlagen, sowie bei verspäteter Einzahlung derselben wegen der Zinsen gegen ihre Mitglieder geltend. Die Gesell-

1) Gierke, Archiv f. b. R. 1901 S. 125.

schaft" heisst es, mit anderen Worten: das Gesellschaftsvermögen ist zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet, die dem geschäftsführenden Gesellschafter erwachsen, der „Gesellschaft" stehen die im § 113 HGB. bezeichneten Ansprüche zu, u. s. w. „Da das Recht dem Gesellschaftsvermögen zufliessen, die Verpflichtung auf dem Gesellschaftsvermögen lasten soll, so wird der gegenüberstehende Gesellschafter behandelt, als ob er ein Dritter wäre."[1] Freilich ist dies alles nur formell, denn in Wirklichkeit sind es auch hier die Gesellschafter, die die Ansprüche erheben, gegen welche die Ansprüche sich richten. Es muss ja auch der klagende Gesellschafter sich alle Einreden aus internen Rechtsverhältnissen gefallen lassen, umgekehrt erwachsen dem Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber Einreden aus dem Gesellschaftsvertrag. Aber tatsächlich gewinnt das Gesellschaftsvermögen in den Augen des Gesellschafters grössere Selbständigkeit.

Der Vollständigkeit halber bleibt noch zu erwähnen, dass der gegen die „Gesellschaft" auftretende forderungsberechtigte Gesellschafter neben der Gesellschaft auch den einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehmen, dass umgekehrt bei Forderungen der Gesellschaft auch das einzelne Mitglied an Stelle der Gesellschaft in Höhe des eigenen Interesses den schuldnerischen Gesellschafter belangt werden kann".[2] So wird z. B. ein jeder Gesellschafter die actio pro socio auf Leistung der Beiträge

1) Lehmann-Ring 230, v. Hahn 531, Renaud 352.
2) Lehmann-Ring 230. Renaud 256.

anstrengen, jeder Ersatz des eigenen Schadens aus § 113 HGB. fordern können[1]; denn daraus, dass das Gesetz diese Ansprüche der „Gesellschaft" zuspricht, folgt keineswegs, dass dem einzelnen Gesellschafter die Möglichkeit genommen ist, für sich gegen den betreffenden Gesellschafter vorzugehen.[2]

Im Gegensatz zur offenen Handelsgesellschaft sind es bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auch formell „die Gesellschafter", gegen welche Ansprüche obenerwähnter Art sich richten, sind es die „Gesellschafter", welche diese Ansprüche geltend machen. Hier hat man z. B. bezüglich des Anspruchs auf Leistung der Beiträge gegen einen Gesellschafter nicht die Gesellschaft, sondern lediglich die übrigen Gesellschafter als Gläubiger anzusehen; denn im Gesellschaftsvertrage hat sich der Gesellschafter nicht der Gesellschaft, sondern den Gesellschaftern gegenüber verpflichtet. Dafür spricht zunächst die Fassung des § 718 BGB., hiernach werden die Beiträge gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter, aber nicht die Ansprüche auf die Beiträge. Ferner spricht auch dafür der Wortlaut des § 705, wo von einer „gegenseitigen" Verpflichtung „der Gesellschafter" die Rede ist.[3] Und zwar stehen den übrigen die Ansprüche wegen Leistung der Beiträge nicht nur in ihrer Verbundenheit, sondern auch einzeln zu, denn als unverbundene

1) v. Renaud 256.
2) v. Lehmann-Ring 230.
3) v. Knoke 34.

Einzelpersonen sind sie den Gesellschaftsvertrag eingegangen.

Umgekehrt sind für den Fall, wo der einzelne Gesellschafter forderungsberechtigt ist, nicht die Gesellschaft, sondern die übrigen Gesellschafter als Schuldner anzusehen. Der § 717 BGB. spricht von Ansprüchen, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrage „gegeneinander" zustehen; im § 733 BGB. ist von Schulden die Rede, für welche einem Gesellschafter die „übrigen" als Schuldner haften.[1]

Eine grössere innere Geschlossenheit gewinnt ferner das Gesellschaftsvermögen wenigstens in den Augen der Gesellschafter und des Laien dadurch, dass die Anteile der einzelnen Teilnehmer als Kapitalanteile bezeichnet werden. Im Grunde genommen besteht kein Unterschied zwischen den Anteilen der Mitglieder bei der bürgerlichen Gesellschaft und bei der offenen Handelsgesellschaft. Denn der Kapitalanteil stellt nicht den Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen dar. Es würde alsdann das Miteigentum eines Gesellschafters aufhören, dessen Kapitalkonto gleich Null oder gar ein Passivum wäre, und wenn das Kapitalkonto der anderen Gesellschafter dagegen den Nettowert des Gesellschaftsvermögens übersteigen würde.[1] So erklärt auch die Denkschrift, die Bezeichnung „Kapitalanteil sei an Stelle des Anteils am Gesell-

1) v. Knoke 34.
2) v. Lehmann-Ring 220.

schaftsvermögen“ im alten HGB. gesetzt, weil letzterer Ausdruck zu dem Missverständnisse geführt habe, als ob die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände nach dem Verhältnisse der Kapitalkonten im Miteigentum der Gesellschafter ständen, was aber nicht richtig sei und am wenigsten dann zutreffe, wenn das Konto eines Gesellschafters mit einem Passivsaldo abschliesse. [1]

Kapitalanteil und Anteil am Gesellschaftsvermögen sind sehr scharf auseinander zu halten, sie stehen in keinem Zusammenhang zu einander. Der Kapitalanteil hat keine sachenrechtliche Bedeutung, er bedeutet nur ein Guthaben oder Soll gegenüber der Gesellschaft und besitzt somit nur „den Charakter eines Rechnungsfaktors“.[2] Er bildet die rechnerische Veranschaulichung dessen, was dem Gesellschafter zukommt, was er schuldet, wenn eine augenblickliche Auseinandersetzung stattfände. Nicht etwa ist das Aktivkonto als eine Forderung, das Passivkonto als eine Schuld aufzufassen. Eine Forderung ist nicht vorhanden, denn der Gesellschafter kann den Betrag nicht von der Gesellschaft einziehen, ja nicht einmal eine bedingte oder befugte Forderung einziehbar bei Auflösung der Gesellschaft, denn es ist bei den stetigen Schwankungen des Kapitalkontos äusserst zweifelhaft, ob er sich bei Auflösung der Gesellschaft in gleicher Höhe erhalten hat. Eine Schuld liegt ebenfalls nicht vor, da der Betrag des Kapital-

1) v. Denkschrift 87.
2) Lehmann-Ring 220.

kontos nicht einzahlbar ist, nicht einmal freiwillig, weil kein Gesellschafter einseitig seine Einlage erhöhen kann.[1]

Wenngleich so die Kapitalanteile für die Konstruktion des Gesellschaftsvermögens juristisch keine Bedeutung haben, so gewähren sie doch einen Überschlag über das vermögensrechtliche Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft. In den Augen des Gesellschafters, der Laien stellen sich die Kapitalanteile als Anteile, sei es in aktiver oder selbst in passiver Hinsicht des Gesellschaftsvermögens dar, und zwar in Gestalt einer festen Summe. Damit gewinnt für ihn das Gesellschaftsvermögen eine kapitalistische Struktur, es zeigt sich ihm als ein Kapital, an der er mit einem mehr oder minder grossen Betrage beteiligt ist oder dem gegenüber er „Schulden" hat. Somit erscheint dem offenen Handelsgesellschafter das Gesellschaftsvermögen in grösserer innerer Geschlossenheit, als dies bei dem Mitglied der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der Fall ist.

An sich schon tritt bei beiden Gesellschaften die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens nach aussen viel stärker hervor, wie nach innen. Dies äussert sich jedoch bei der offenen Handelsgesellschaft in viel höherem Grade als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts; die Ausschliesslichkeit der Beziehung zwischen Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftsgläubigern, die Scheidung zwischen

1) v. Lehmann-Ring 252.

Gesellschaftsvermögen und sonstigem gemeinschaftlichem Vermögen, dementsprechend zwischen Gesellschaftsgläubigern und sonstigen Solidargläubigern ist bei der offenen Handelsgesellschaft äusserst scharf ausgeprägt.[1]

Dies zeigt sich in den Voraussetzungen, unter denen ein Gesellschaftsgläubiger das Gesellschaftsvermögen angreifen kann.

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bedarf es hierzu eines gegen sämtliche Gesellschafter lautenden vollstreckbaren Titels. Mit dem gleichen Titel, der zur Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist, kann also der Gläubiger gegen das Gesellschaftsvermögen vorgehen. Wie schon oben erwähnt, werden mit der Klage gegen die Gesellschaft zugleich das Gesellschaftsvermögen und das Privatvermögen der Gesellschafter belangt. Es können daher im Gesellschaftsprozess einmal solche Einreden vorgebracht werden, die den Gesellschaftern als solchen zustehen; insoweit die Gesellschafter auch als einzelne verklagt werden, kann jeder solche Einreden geltend machen, die rein persönlich sind, z. B. einen persönlich wirkenden Erlassvertrag. Eine Scheidung zwischen Privat- und Gesellschaftsvermögen ist somit in dieser Beziehung nicht gemacht, und „zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist nicht der Nachweiss erforderlich, dass es sich um Gesellschaftsschulden handelt".[2]

1) v. Joerges 49, 222.
2) Planck 468.

Der Titel hat sämtliche Gesellschafter anzugeben, die zur Zeit der Zwangsvollstreckung vorhanden sind. Tritt ein neuer Gesellschafter nach Rechtskraft des Urteils in die Gesellschaft ein, so muss zur Betreibung der Zwangsvollstreckung das Urteil auch auf seinen Namen lauten. Und zwar kann alsdann die vollstreckbare Ausfertigung nicht vom Gerichtsschreiber, sondern sie muss vom Vorsitzenden des Gerichts erteilt werden; und zwar darf dieser sie nur dann aufstellen, wenn die Rechtsnachfolge entweder dem Gericht offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Gelingt dieser Nachweis nicht, so muss der Gläubiger auf Vollstreckung klagen.

Bei der offenen Handelsgesellschaft ist zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter Titel erforderlich; mit einem solchen Titel liefert nämlich der Gläubiger den Nachweis, dass es sich um eine Gesellschaftsschuld handelt. Die Denkschrift [1] begründet dies damit, dass es der nach aussen hin wirkenden Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens entspreche, dass es dem unmittelbaren Zugriff der Privatgläubiger entzogen werde. Es muss also hier der Titel gegen die Gesellschaft lauten. Ein Titel gegen die Gesellschaft kann nur die Vollstreckung in ihr Privatvermögen erwirken und eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist nur auf dem Unwege des § 135 HGB. möglich.

1) Denkschrift 90

Umgekehrt kann ein Gläubiger mit einem nur gegen die Gesellschaft gerichteten Titel nicht die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter herbeiführen. Das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil ist nur vollstreckbar gegen die Gesellschafter in ihrer Vereinigung, mit anderen Worten in das Gesellschaftsvermögen, nicht in das Privatvermögen der Mitglieder, denn in dieser Beziehung war es gegen sie nicht gerichtet. Dies hat selbst dann zu gelten, wenn sich die Gesellschaft im Liquidationsstadium befindet, ferner auch dann, wenn eine Liquidation nach der Auflösung unterbleibt oder diese beendet wird, ohne dass die in Frage stehende Schuld getilgt ist.[1] Die Denkschrift[2] bemerkt in dieser Beziehung, dass, wenn auch ein gegen die Gesellschaft ergangenes rechtskräftiges Urteil die Wirkung habe, dass auch den einzelnen Gesellschaftern gegenüber die Gesellschaftsschuld als solche festgestellt sei, die Wirkung eines solchen Urteils doch nicht soweit gehen könne, dass auf Grund desselben die Zwangsvollstreckung unmittelbar in das Privatvermögen zuzulassen wäre.

Gesellschaftsprozess und Prozess gegen die Gesellschafter sind eben streng auseinander zu halten. Im Gesellschaftsprozess wird lediglich das Gesellschaftsvermögen in Anspruch genommen; es kann daher auch der Gesellschafter ihm persönlich

---

1) v. Staub 399.
2) Denkschrift 90.

zustehende Einreden, wie z. B. ein persönlich wirkender Erlassvertrag, nie im Gesellschaftsprozesse geltend machen. Der Prozess gegen die Gesellschafter richtet sich nur gegen ihr Privatvermögen, hier sind persönliche Einreden unbeschränkt zuzulassen. Freilich wird durch ein gegen die Gesellschaft ergangenes rechtskräftiges Urteil die Gesellschaftsschuld als solche rechtskräftig festgestellt: spätere Einwendungen des einzelnen Gesellschafters, der auf Grund des § 128 HGB. belangt wird, sind zurückzuweisen, soweit sie von der Gesellschaft geltend gemacht sind oder hätten geltend gemacht werden können. Aber mit der Gesellschaftsschuld ist noch nicht die Haftung des Einzelgesellschafters festgestellt; diese kann durch persönliche Einreden, deren Geltendmachung im Gesellschaftsprozess ausgeschlossen, modifiziert und gegebenenfalls aufgehoben werden. Ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil stellt die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen ebensowenig fest, wie die Verurteilung des Testamentsvollstreckers eine persönliche Haftung des Erben.[1] Die auf Grund eines gegen die Gesellschaft lautenden Urteils in das Privatvermögen vorgenommene Pfändung kann mit den gleichen Mitteln angefochten werden, die einem Dritten gegen die Exekution in sein Vermögen zustehen. Es ist dem Gesellschafter das Recht zuzuerkennen, nach § 766 ZPO. Freigabe der gepfändeten Sachen zu erwirken, auch kann kein

1) v. Hellwig 272.

Bedenken obwalten, ihn zur Exekutions-Interventionsklage aus § 771 ZPO. für legitimiert zu erachten.[1]

Das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil hat die Gesellschaft unter ihrer Firma zu bezeichnen, ob die Namen der Gesellschafter im Rubrum enthalten sind, ist gleichgültig. Gleichgültig ist auch eine etwaige Veränderung unter dem Mitgliederbestande der Gesellschaft nach Rechtskraft des Urteils; selbst eine Veränderung der Firma ist ohne Bedeutung, da ja die Gesellschaft die gleiche geblieben ist.[2]

Zu erwähnen bleibt noch, dass zu den vollstreckbaren Titeln im Sinne des § 129 Abs. 4 HGB. auch die Feststellung in der Tabelle im Falle des Konkurses der Gesellschaft gehört. Auch aus diesem Titel kann gegen die einzelnen Gesellschafter nicht vollstreckt werden, mag der einzelne die Forderung bestritten haben oder nicht. Anderer Ansicht ist Jaeger.[3] Er misst dem Umstande, dass jeder Gesellschafter als Gemeinschuldner das Bestreitungsrecht hat, zu grosse Bedeutung bei. Das Bestreitungsrecht hat lediglich Bedeutung für die Rechtskraft. Übt der Gesellschafter sein Bestreitungsrecht aus, so „macht" die Feststellung gegen ihn keine Rechtskraft; bestreitet er dagegen nicht, so wird das Bestehen der Forderung auch ihm gegenüber rechtskräftig festgestellt, „aber kein Anlass liegt vor, die verschiedene Bedeutung der Rechts-

1) v. Lehmann-Ring 262.
2) v. Joerges 73—80.
3) v. Staub 397, Lehmann Ring 280.

kraft und Vollstreckbarkeit für die Gesellschafter zu leugnen, während sie bei anderen Judikaten angenommen wird".[1]

Das Gesellschaftsvermögen unterliegt bei beiden Gesellschaftern nicht dem unmittelbaren Zugriff des Privatgläubigers eines Gesellschafters; weder kann ein Gläubiger wegen einer Forderung gegen einen Gesellschafter die Zwangsvollstreckung unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen betreiben, noch eine Forderung gegen einen Gesellschafter mit einer Forderung der Gesellschaft aufrechnen. Allein wie steht es dann, wenn alle Gesellschafter aus einem aussergesellschaftlichen Grunde als Gesamtschuldner verpflichtet sind. Eine solche gesamtschuldnerische Haftung aller Gesellschafter kann ja eintreten auch ausserhalb ihres Gesellschaftsverhältnisses, sei es aus Rechtsgeschäften oder infolge von Delikten; es decken sich also in einem solchen Falle nicht die Verbindlichkeiten der Gesellschafter mit denen der Gesellschaft.

Aber bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts besteht kein Unterschied für die Gläubiger zwischen Gesellschaftsschulden und Privatschulden der Gesellschafter, für welche diese als Gesamtschuldner haften. In diesem Falle steht das Gesellschaftsvermögen dem unmittelbaren Zugriff der Privatgläubiger offen. Die Handhabe hierzu bietet § 736 ZPO., wonach aus einem Titel gegen alle Gesellschafter die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen möglich ist; einen solchen

1) Staub 399. v. Lehmann-Ring 280.

Titel vermag sich aber der Gesellschafter in diesem Falle zu verschaffen. Cosack[1] bestreitet hier die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen; er behauptet, der Titel müsse gegen die Gesellschafter als solche lauten; anderenfalls sei er nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar. Gerade wie im Falle des § 748 ZPO. das Urteil den beklagten Testamentsvollstrecker als solchen bezeichnen müsse, sei es im Falle des § 736 ZPO. erforderlich, die Gesellschafter als solche namhaft zu machen. Es hätte demnach ein Gläubiger, dem gegen sämtliche Gesellschafter eine nichtgesellschaftliche Forderung zustehe, ebensowenig den unmittelbaren Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen, wie ein Gläubiger, dem nur ein Teil der Gesellschafter haftbar sei.[2] Der Ansicht Cosacks und seiner Begründung, die sich auf analoge Anwendung des § 748 ZPO. stützt, tritt Hellwig[3] entgegen, indem er treffend erklärt, dass der Testamentsvollstrecker den Nachlass als selbständige Gütermasse vertritt und die Bezeichnung des Testamentsvollstreckers als solcher in Wahrheit die Bezeichnung des Nachlasses ist.[3] Der Wortlaut des § 736 ZPO. ist zudem klar und bestimmt, und es findet sich kein Grund zu einer derartigen Auslegung. Auch ergaben die Protolle[4] deutlich, dass man hier absichtlich keinen Unterschied zwischen

1) v. Cosack, bürgl. Recht 396.
2) Cosack, bürgl. Recht 396.
3) v. Hellwig 205.
4) v. Protokolle II, 435 ff.

Privat- und Gesellschaftsschulden machen wollte. Es ist daher anzunehmen, dass sämtliche Solidarschulden in dieser Beziehung den Gesellschaftsschulden gleichzustellen sind. So haftet für ein gemeinsam begangenes Delikt, für eine Erbschaft, für eine Bürgschaft, die jeder einzelne privatim übernommen hat, das Gesellschaftsvermögen unmittelbar, so steht den Gläubigern einer andern Gesellschaft, die von denselben Personen gebildet wird, im Falle der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen offen.

Zu billigen ist freilich eine solche Regelung nicht. Das Prinzip der gesamten Hand fordert, dass ein Vermögen, welches mehreren in ihrer Verbundenheit gehört, auch nur für Verbindlichkeiten haftet, die in Verbundenheit eingegangen sind.[1] Ferner wollte man bei Einführung der gesamten Hand für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts das Gesellschaftsvermögen dinglich binden für den Zweck der Gesellschaft, hiermit verträgt sich jedoch nicht, dass das Gesellschaftsvermögen Gläubigern zugängig gemacht wird, die mit der Gesellschaft nichts zu tun haben.[2]

Diese Bedenken sind auch bei den Beratungen der 2. Kommission erörtert worden, die Mehrheit war jedoch gegen eine andere Regelung. Die Gründe freilich, die gegen eine andere Anordnung geltend gemacht wurden, sind wenig stichhaltig. So wurde angeführt, der Nachweis, den anderenfalls ein Gläubiger

1 u. 2) Knoke 82.

zu führen habe, dass es sich um eine Gesellschaftsschuld handle, bedeute eine erhebliche, unbillige Verschlechterung der Stellung des Gläubigers, zumal bei abstrakten Schuldverhältnissen.[1] Diesem Übel könnte jedoch ein Gläubiger dadurch vorbeugen, dass er nur dann mit der Gesellschaft kontrahierte, wenn die Gesellschafter ihre Verbundenheit bei Abschluss des Vertrages zum Ausdruck brächten.[2] Auch den Umstand, dass in der ZPO. keine Form bestände, wonach im Urteil der Unterschied zwischen Gesellschafts- und sonstigen Solidarschulden zum Ausdruck gebracht würde,[1] kann man nicht als schwerwiegendes Bedenken gelten lassen. Wie in dem Falle, dass lediglich das Gesellschaftsvermögen für eine Schuld haftet, dieses im Urteil ausgedrückt werden muss, so lässt sich auch der Unterschied zwischen Gesellschaftsschulden und sonstigen Solidarschulden zum Ausdruck bringen.[3] Auch der Einwand, dass der Gläubiger auf indirektem Wege nach § 726 BGB. zu gleichem Resultate gelangen würde, ist nicht stichhaltig und wird von Knoke[4] in treffender Weise widerlegt.

Bei der offenen Handelsgesellschaft ist hier an der scharfen Sonderung zwischen Privat- und Gesellschaftsschulden in konsequenter Weise festgehalten. Das Gesellschaftsvermögen ist ausschliesslich den Gläubigern dieser Gesellschaft zugängig; Gläubiger einer anderen Gesellschaft, die von denselben

1) Protokolle II, 435, 436.
2) v. Knoke 83.
3) u. 4) v. Knoke 83, 84.

Personen gebildet wird, ist die Substanz des Gesellschaftsvermögens unumgreifbar, desgleichen Privatgläubigern, mag sich die Schuld gegen einen einzelnen Gesellschafter richten oder mögen auch die Gesellschafter für eine Privatschuld als Gesamtschuldner haften. Erst mit der Auflösung der Gesellschaft kann ein Privatgläubiger in das Gesellschaftsvermögen oder vielmehr in die Anteile der Gesellschafter, in ihr Auseinandersetzungsguthaben, vollstrecken.[1]

Eng zusammen mit dem obengesagten hängt die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung im Falle, dass Kläger die Gesellschaft bezw. die Gesellschafter sind.

Im BGB. ist bestimmt, dass der Schulder des Gesellschaftsvermögens seine Schuld nicht mit einer ihm gegen den einzelnen Gesellschafter zustehenden Forderung aufrechnen kann. Aber ebensogut wie dem Privatgläubiger im Falle der gesamtschuldnerischen Haftung aller Gesellschafter aus einem aussergesellschaftlichen Grunde bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen offen steht, ebensogut kann der Privatgläubiger eine Forderung, für welche die Gesellschafter aus aussergesellschaftlichem Grunde haften, gegen eine Gesellschaftsforderung aufrechnen.[2]

Bei der offenen Handelsgesellschaft bleibt auch in dieser Beziehung die strenge Sonderung zwischen Gesellschaftsschuld und Privatschuld und damit

1) v. Lehmann-Ring 294.
2) v. Gierke, Archiv für b. R. 1901, 126.

die Scheidung zwischen Privatvermögen und Gesellschaftsvermögen bestehen. Und somit ist anzunehmen, dass auch im Falle der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter in Folge aussergesellschaftlichen Grundes mit einer Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, nicht aufgerechnet werden kann.[1]

Aus allem geht hervor, dass bei der offenen Handelsgesellscaft das Gesellschaftsvermögen in weit höherem Grade gegen Zugriffe von Privatgläubigern der Gesellschafter geschützt ist, als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Noch deutlicher tritt dies hervor, wenn man die Voraussetzungen vergleicht, unter welchen dem Privatgläubiger eines Gesellschafters dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen zugängig gemacht wird. Bei beiden Gesellschaften geschieht dieses in übereinstimmender Weise dadurch, dass der Privatgläubiger auf Grund eines nicht bloss vorläufig vollstreckbaren Titels die Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung herbeiführt.

Der Privatgläubiger eines Mitgliedes der bürgerlichen Gesellschaft muss zu diesem Zwecke dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen pfänden lassen, zwar nicht den Anteil an den einzelnen Gegenständen, — das vermag er nicht —, sondern den Anteil am Ganzen. Bei der offenen Handelsgesellschaft hat jedoch zu diesem Zwecke die Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens zu erfolgen gemäss § 828 ZPO.; nicht kann der Anteil unmittelbar gepfändet

1) v. Gierke, Archiv für b. R. 1901, 126.

werden. Zudem genügt hier die Pfändung allein nicht, ausser ihr muss der Gläubiger, um eine Auflösung der Gesellschaft herbeiführen zu können, einen Überweisungsbeschluss des gepfändeten Auseinandersetzungsguthabens erwirken.

Weiterhin ist für die offene Handelsgesellschaft bestimmt, dass, bevor der Privatgläubiger das Gesellschaftsvermögen angreifen kann, die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des betreffenden Gesellschafters vergebens versucht sein muss. Wer die Zwangsvollstreckung versucht hat, ob gerade der betreibende Gläubiger oder ein anderer, ist gleichgütig; es soll eben nur dann das Gesellschaftsvermögen angegriffen werden können, wenn ein Zugriff auf das Privatvermögen durch Erschöpfung des beweglichen Vermögens des Schuldners wesentlich erschwert ist. Zu diesem Zwecke genügt es, wenn auch ein anderer bereits vergeblich das bewegliche Privatvermögen in Anspruch genommen hat. Und zwar hätte der Gläubiger, um den fruchtlosen Versuch der Befriedigung nachzuweisen, das Pfändungsprotokoll beizubringen. Als erfolglos ist die Pfändung anzusehen, wenn sie nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat. Es genügt jedoch, wenn der Zwangsvollstreckungsversuch sich lediglich auf das bewegliche Vermögen, d. h. auf körperliche Sachen, Forderungen und ähnliche Vermögensrechte erstreckt hat. Eine Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist im Gegensatz zum früheren Artikel 126 nicht erforderlich; andererseits müsste sie auch als nicht

genügend angesehen werden. Dass der Schuldner den Offenbarungseid geleistet hat, ist gleichfalls nicht erforderlich. Die fruchtlose Zwangsvollstreckung muss innerhalb der letzten sechs Monate stattgefunden haben. Diese Frist ist von dem Tage der Wirksamkeit, d. h. der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungbeschlusses, rückwärts zu berechnen, nicht etwa ist der Tag der Kündigung massgebend.[1]

Des eben angeführten bedarf es bei der bürgerlichen Gesellschaft nicht; hier ist kein Nachweis erforderlich, dass bereits in anderer Weise vergeblich Befriedigung versucht ist.

Die Kündigung des Privatgläubigers ist bei der bürgerlichen Gesellschaft an keine Frist gebunden. Auch wenn für die Gesellschafter eine Kündigungsfrist bestände oder wenn infolge Abschluss der Gesellschaft auf bestimmte Zeit den Gesellschaftern eine Kündigung nicht möglich wäre, so gilt dies nicht für den Gläubiger; er braucht sich an solche Abmachungen nicht zu stören. Sein Recht resultiert nicht aus dem des Gesellschafters; es ist ein selbständiges Recht, das ihm das BGB. zur Wahrung seiner Interessen verleiht, bei dessen Ausübung er sich um die Interessen der Gesellschafter nicht zu kümmern braucht, und das durch keine Parteiberedung ausgeschlossen oder modifiziert werden kann.[2]

Bei der offenen Handelsgesellschaft dagegen sind in dieser Beziehung statt der Interessen des

1) v. Denkschrift 98.
2) v. Knoke 109.

Gläubigers die der Gesellschaft, d. h. des Gesellschaftsvermögens in den Vordergrund gerückt. Die wirtschaftliche Bedeutung der Handelsgesellschaft für das Leben ihrer Mitglieder lässt eine fristlose Kündigung nicht zu. Hier stände im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters die Existenz der übrigen Mitglieder womöglich auf dem Spiel, hier schweben wichtige Geschäfte, die sich im Augenblick nicht oder nur mit grossem Verlust abwickeln lassen, die daher ruhiger Erledigung bedürfen. Und so schreibt denn das Gesetz für den Privatgläubiger eine sechsmonatliche Kündigungsfrist vor mit der Massnahme, dass die Kündigung nur zum Schluss eines Geschäftsjahres erfolgen kann. Eine etwa für die Gesellschafter infolge Vereinbarung geltende kürzere Kündigungsfrist kommt dem Gläubiger nicht zugute, da sein Kündigungsrecht sich lediglich auf das Gesetz, nicht auf den Gesellschaftsvertrag stützt.[1]

Die grössere Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bei der offenen Handelsgesellschaft, seine grössere Geschlossenheit und schärfere Sonderung vom Privatvermögen der Gesellschaft zeigt sich endlich vor allem darin, dass über das Gesellschaftsvermögen ein gesondertes Konkursverfahren stattfindet. Und zwar ist die Zulässigkeit eines besonderen Konkurses nicht etwa als eine Folge der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens aufzufassen, es ist vielmehr als ein Faktum anzusehen, das dem Gesellschaftsvermögen grössere Selbständigkeit verleiht.

1) v. Renaud 481.

Denn die begriffliche Voraussetzung eines gesonderten Konkursverfahrens über ein Sondervermögen kann nicht in der Selbständigkeit oder Gebundenheit dieses Vermögens zu suchen sein. Alsdann müsste es bei der allgemeinen Geltung des Prinzips der gesamten Hand über jedes Gesellschaftsvermögen einen gesonderten Konkurs geben.

Nach Jäger[1] ist vielmehr begriffliche Voraussetzung des selbständigen Konkursverfahrens über eine Vermögensmasse „eine kraft Rechtssatzes ausschliessliche Haftung dieser Sondermasse gegenüber einer Mehrheit persönlicher Gläubiger". Der Konkurs verwirklicht die Haftung einer unzulänglichen Vermögensmasse durch gemeinsame, gleichmässige Befriedigung sämtlicher Gläubiger der Masse. Es ist daher ein besonderer Konkurs über eine Vermögensmasse begrifflich nur dann zulässig, wenn bei Unzulänglichkeit der Masse zur Befriedigung der Gläubiger diese auf die Vermögensmasse ausschliesslich angewiesen sind. Und zwar muss die Ausschliesslichkeit der Haftung kraft Rechtssatzes bestehen. Denn das Vermögen eines Schuldners haftet für seine Verbindlichkeiten insoweit, als nicht das Gesetz die Grenzen der Vollstreckung einengt; ferner übt gerade das Konkursverfahren einen Einfluss aus, der weit über das Privatinteresse hinausreichend eingreift in das öffentliche und soziale Leben; es muss infolgedessen dem Willen der Parteien unmöglich sein, „die Grenzen der Vollstreckung, zumal

1) v. Jäger S. 6 ff.

der Universalvollstreckung (des Konkurses) zu verrücken".[1]

Und zwar haftet ein Sondervermögen ausschliesslich, wenn der Zugriff in das übrige Vermögen bestimmten Gläubigern überhaupt verwehrt ist, dann aber auch, wenn diese Gläubiger aus dem andern Vermögen nur für den beim Sondervermögen erlittenen Ausfall Befriedigung suchen können.

Diese dargelegte begriffliche Voraussetzung eines Sonderkonkurses über eine Vermögensmasse ist bei dem Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft nicht gegeben. Denn in der Voraushaftung des Gesellschaftsvermögens für Gesellschaftsschulden liegt sie keineswegs. Die Gesellschaftsgläubiger sind zwar ausschlieslich zugriffberechtigt, aber nicht ausschliesslich auf das Gesellschaftsvermögen angewiesen, nicht einmal so, dass sie zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung suchen müssten; denn die Gläubiger können, wie weiter unten zu erörtern bleibt, sofort das ganze Privatvermögen der Gesellschafter für ihre ganze Forderung in Anspruch nehmen. Auch ist, weil die Gläubiger in keiner Weise lediglich auf das Gesellschaftsvermögen angewiesen sind, eine selbständige Feststellung der Unzulänglichkeit des Vermögens für die Sondermasse ausgeschlossen; es fehlt daher die materielle Voraussetzung des Konkursverfahrens.[2]

---

1 Jäger 3.
2) Jäger 4.

Die Zulässigkeit eines besonderen Konkursverfahrens über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft ist somit als eine Ausnahme aufzufassen, indem von dem Vorhandensein der allgemeinen begrifflichen Voraussetzung abgesehen wird, somit als ein Faktor, der dem Gesellschaftsvermögen grössere Selbständigkeit verleiht.

Der besondere Konkurs ergreift natürlich nur das Gesellschaftsvermögen und hat mit dem Privatvermögen der Gesellschafter nichts zu tun. Voraussetzung der Eröffnung des Verfahrens ist Zahlungsunfähigkeit des Gesellschaftsvermögens, nicht etwa seine Überschuldung, vor allem aber nicht Zahlungsunfähigkeit eines einzelnen Mitgliedes oder auch aller Gesellschafter bezüglich ihres sonstigen Vermögens. Privatkonkurs und Gesellschaftskonkurs sind eben streng gesondert. Trotz der Zahlungsfähigkeit sämtlicher Gesellschafter ist die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen möglich; denn die „Privatmassen bilden trotz der Gesamthaft der Gesellschafter keinen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens".[1]

Als ein Sonderkonkurs dient der Konkurs lediglich zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Konkursgläubiger sind daher nur die Gesellschaftsgläubiger, nicht die Privatgläubiger einzelner Gesellschafter. Aber es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Gesellschafter als Konkursgläubiger auftritt, z. B. wenn er als Dritter mit der Gesellschaft Geschäfte abgeschlossen hat, oder als Rechtsnachfolger eines

1) Jäger 43.

Dritten Ansprüche geltend macht; so sehr zeigt sich somit das Gesellschaftsvermögen als ein überaus selbständiges Sondervermögen, dass es selbst einem Mitgesellschafter als ein fremdes gegenüber treten kann.

Gemeinschuldner sind die sämtlichen Gesellschafter; es kann infolgedessen jeder Gesellschafter die Eröffnung des Konkurses beantragen. Die dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte kann jeder Gesellschafter geltend machen, wie ihn auch andererseits die dem Gemeinschuldner auferlegten Pflichten treffen.[1]

Einen Konkurs über das Vermögen der bürgerlichen Gesellschaft kennt das Gesetz im Gegensatz zur offenen Handelsgesellschaft nicht. Es weicht also hier von dem allgemeinen Grundsatze, dass als begriffliche Voraussetzung für einen besonderen Konkurs über eine Vermögensmasse die ausschliessliche Haftung dieser Masse vorhanden sein muss, nicht ab. Die Ausschliesslichkeit der Haftung in dem von Jäger entwickelten Sinne ist, wie unten näher zu erörtern bleibt, der bürgerlichen Gesellschaft fremd, und es ist daher folgerichtig mangels einer begrifflichen Voraussetzung ein besonderer Konkurs über das Gesellschaftsvermögen nicht zugelassen.

Bei der Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens, die auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Dritten gegenüber so deutlich

1) v. Jäger 66 ff.

in den Bestimmungen des § 725 Abs. 2 BGB. zu Tage tritt, wäre vielleicht Zulassung eines besonderen Konkurses im Interesse der Gläubiger am Platze gewesen und manche[1] erklären ihn daher auch für zulässig. Für die Nichtzulassung sprechen indessen, abgesehen davon, dass es hier an einer begrifflichen Voraussetzung fehlt, zwei gewichtige Gründe. Einmal zählt das HGB. den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft unter den Auflösungsgründen der Gesellschaft ausdrücklich auf, im bürgerlichen Recht ist keine Rede davon. Hätte das Gesetz einen Konkurs über das Gesellschaftsvermögen für die bürgerliche Gesellschaft anerkannt, so müsste seiner im BGB. Erwähnung getan sein. Dass er aber dort fehlt, für die offene Handelsgesellschaft dagegen ausdrücklich anerkannt ist, beweist klar und deutlich, dass der besondere Konkurs eine Eigentümlichkeit der offenen Handelsgesellschaft gegenüber der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist.

Ferner sind nach § 54 BGB. auf die nichtrechtsfähigen Vereine die Grundsätze über die Gesellschaft anzuwenden. Ein Konkurs über das Vermögen eines nichtrechtsfähigen Vereins ist statthaft nach § 213 KO. Er ist also hier durch eine besondere Vorschrift zugelassen. Eine solche besondere Vorschrift würde überflüssig sein, wenn schon das BGB. einen Konkurs über das Gesellschaftsvermögen für zulässig erachtete; aus einer diesbezüglichen Vorschrift würde die Möglichkeit eines Konkurses

1) Cosack Lürgl. R. II S 366. Seuffert Konkursrecht 70.

auch für den nicht rechtsfähigen Verein sofort geschlossen werden können. § 213 KO giebt so „ein kräftiges argumentum e contrario“.[1]

V. Die Haftung der Gesellschafter für die Schulden.

Der Zweck der offenen Handelsgesellschaft ist auf Betrieb eines grosskaufmännischen Handelsgewerbes gerichtet; sie bedarf als Grosskaufmann notwendig einer Kreditbasis. Diese Kreditbasis wird jedoch für die offene Handelsgesellschaft nicht schon durch Vorhandensein eines selbständigen Gesellschaftsvermögens geschaffen, das nur den Gesellschaftsgläubigern haftet, den Privatgläubigern dagegen unangreifbar ist. Die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens besteht vorwiegend im Interesse der Gesellschafter, nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger; lediglich der Wille der Gesellschafter bestimmt den Bestand des Gesellschaftsvermögens; es können ihm Bestandteile entnommen und in das Privatvermögen der Gesellschafter überführt werden, ohne dass ein Gesellschaftsgläubiger es zu verhindern vermöchte. Die für die offene Handelsgesellschaft unentbehrliche Kreditbasis wird vielmehr durch die Bestimmung des § 128 HGB. geschaffen. Danach haften alle Gesellschafter für

1) v. Hellwig 200. v. Knoke 22.

Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich als Gesamtschuldner und zwar in erster Reihe.

Über die Rechtsnatur dieser Haftung ist folgendes zu bemerken. Die Gesellschafter gehen ihre Verbindlichkeiten ein unter ihrer Firma, der äusseren formellen Zusammenfassung der Gesellschafter; die offene Handelsgesellschaft ist ferner keine juristische Person; deshalb sind in Wahrheit die Verbindlichkeiten der Gesellschaft solche der Gesellschafter, und es ist somit eine Haftung für eigene von ihnen selbst eingegangene Verbindlichkeiten, die der § 128 HGB. statuiert. Es ist daher die Haftung der Gesellschafter von der Haftung der Gesellschaft abhängig und später eintretende Tatsachen, welche die Gesellschaftsschulden modifizieren, beeinflussen in entsprechender Weise die Haftung der Gesellschafter. Gründet sich die Haftung der Gesellschaft auf Vertrag, so sind auch die Gesellschafter infolge Vertrags verpflichtet; sie haben unter ihrer Firma den Vertrag geschlossen. Beruht die Haftung der Gesellschaft auf einer gesetzlichen Verbindlichkeit, so ergreift sie die Gesellschafter, denn diese treten als Gesellschaft auf.[1] Als Haftung für eigene Verbindlichkeiten kann demnach die Haftung aus § 128 HGB. nicht gleich der eines Bürgen sein, indem sie Haftung für Verbindlichkeiten eines Dritten wäre, in welchem man hier die Gesellschaft zu suchen hätte.

---

1) v. Lehmann-Ring 275.

Inhaltlich bestimmt § 128 HGB. eine primäre persönliche Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner. Die Gesellschafter haften zunächst in erster Reihe. Der Gläubiger kann nach Belieben gegen die Gesellschaft oder gegen das einzelne Mitglied vorgehen; er ist nicht verpflichtet, vorher die Gesellschaft auszuklagen, ja nicht einmal sie um Zahlung anzugehen. Dann steht es auch in seinem Belieben, Gesellschaft und Gesellschafter mit einer Klage zu belangen; richtet sich jedoch die Klage zunächst gegen die Gesellschaft, so wäre eine Ausdehnung derselben auf die Gesellschafter als unzulässige Klageänderung anzusehen.[1] Die Haftung der Gesellschafter ist ferner eine persönliche, d. h. sie erfasst das ganze persönliche Vermögen der Gesellschafter in unbeschränkter Weise, soweit nicht sonst die Gläubiger behindert sind, gegen dasselbe vorzugehen. Die besondere Betonung der unbeschränkten Haftung im § 128 HGB. ist eigentlich überflüssig; schon aus § 105 HGB. ist die Unbeschränktheit der Haftung für die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft als wesentlich bezeichnet, und eine Beschränkung der Haftung in irgend einer Beziehung hätte daher einer besonderen Bestimmung bedurft.[2]

Die Gesellschafter haften ferner als Gesamtschuldner, und zwar tritt die gesamtschuldnerische Haftung in jedem Falle ein ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund, auf dem die Verbindlichkeit beruht.

1) v. RG. 36, 141.
2) v. Goldmann 565.

Die Solidarhaft für Vertragsverbindlichkeiten würde sich schon aus § 727 BGB. ergeben; der § 128 HGB. macht nur insofern für diese einen Unterschied, als bei ihm das einschränkende „im Zweifel" fehlt. Dann dehnt er auch die Solidarhaft auf alle anderen Verbindlichkeiten aus, für die sie nach den Vorschriften des BGB. (420) nicht bestehen würde, z. B. bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Gesamtschuldner sind die Gesellschafter, nicht etwa Gesellschaft einerseits und Gesellschafter andererseits; denn die Gesamthaft ist kein Accessorium der Haftung der Gesellschaft.[1] Die rechtliche Bedeutung der Gesamthaft ergiebt sich aus dem § 421 ff BGB.

Zu bemerken ist endlich noch, dass die unmittelbar aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringende unbeschränkte Solidarhaft jeden neu eintretenden Gesellschafter mit Notwendigkeit ergreift, selbst im Falle, dass die Firma eine Änderung erleidet.[2]

Wie steht es mit der Haftung der Gesellschafter, wenn ein Gesellschafter Gläubiger der Gesellschaft ist? Hat er eine Forderung als solcher, so ist er nicht als Dritter anzusehen Er hat daher keine Klage aus § 128 HGB., kann dagegen wohl die actio pro socio anstrengen, welcher die Gesellschafter mit § 707 BGB. entgegentreten können.

Ist jedoch die Gesellschaft einem Gesellschafter infolge Kaufs oder Darlehns verpflichtet, so ist der Gesellschafter als Dritter anzusehen und kann somit

1) v. Goldmann 565

2) v. Gierke, Archiv für b. R. 1901, 126.

seine Klage auf § 128 HGB. stützen. Seinem Anspruche können aber die Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringende Einwendungen entgegensetzen, die z. B. eine gesamtschuldnerische Haftung ausschliessen, und die Klage wird insofern, als der Kläger nach internen Rechtsverhältnissen zuviel verlangt, abzuweisen sein. [1]

Die gesamtschuldnerische persönliche Haftung der Gesellschafter ist zwingendes Recht. Eine Gesellschaft ohne zwangsweise eintretende Haftung aller Gesellschafter würde keine offene Handelsgesellschaft sein.[2] Die Haftung der Gesellschafter kann durch Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen oder inhaltlich geändert werden, eine derartige Vereinbarung wäre Dritten gegenüber ohne Wirkung. Aber auch nur Dritten gegenüber gilt die Bestimmung des § 128 Abs. 2 HGB.; im internen Verhältnisse ist z. B. ein Ausschluss einzelner Gesellschafter von der Haftung oder irgend einer Modfiizierung derselben wirksam. Auch steht einer Vereinbarung der Gesellschafter mit einem Gläubiger, nach welcher sich die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken oder die Gesellschafter nur anteilmässig verpflichtet werden soll, nichts im Wege.

Eine eigentümliche Beschränkung der Haftung, wenn man es so nennen darf, tritt auf gesetzlichem Wege, im Falle des Konkurses ein. Wird nämlich im Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen ein Zwangsvergleich abgeschlossen, so wirkt dieser

1) v. Lehmann-Ring 278.
2) v. RG. V, 93.

zugleich für das Privatvermögen der Gesellschafter. Er begrenzt, soweit nicht ein anderes festgesetzt wird, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter. Diese Wirkung des Zwangsvergleichs ist eine naturgemässe. Die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft sind ja die Gemeinschuldner, „nicht etwa Mitschuldner einer von ihnen verschiedenen Verbandspersönlichkeit; es muss daher die im. Zwangsvergleich gesetzte Haftbeschränkung notwendig zugleich eine Beschränkung der persönlichen Haftung aller Gesellschafter für Gesellschaftsschulden sein".[1] Die Verminderung der Gesellschaftsschuld bedeutet eine Verminderung der Schuld aller Gesellschafter. Enthält der Zwangsvergleich eine Stundung, so können sich die Gesellschafter auch nur auf diese berufen. Ein Erlass hebt die Forderung in ihrem übrigen Teile nicht selber auf, wohl aber ihre Klagbarkeit und hinterlässt nur eine natürliche Verbindlichkeit zur Zahlung der klaglosen Restschuld.[1]

Ferner erleidet im Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen die Regel, dass die Gesellschafter in erster Reihe haften, eine Ausnahme. Diese greift dann ein, wenn zugleich über das Gesellschaftsvermögen und über das Privatvermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet wird Alsdann können die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderung zu beiden Konkursen voll anmelden Befriedigt werden sie jedoch zunächst im Gesell-

1) Jäger 161.

schaftskonkurse und erst in zweiter Reihe erfolgt Berücksichtigung ihrer Forderung im Privatkonkurse. Aber hier erhalten die Gläubiger nur für den Ausfall Befriedigung, den sie im Gesellschaftskonkurse erlitten haben, mit anderen Worten, es ist die Geltendmachung einer Gesellschaftsschuld gegenüber den einzelnen Gesellschaftern durch Feststellung eines Ausfalls im Gesellschaftskonkurse bedingt. Die Gläubiger können jedoch auf Beteiligung im Gesellschaftskonkurse verzichten; alsdann wird natürlich ihre ganze Forderung im Privatkonkurse berücksichtigt, und das Privatvermögen haftet wieder in erster Reihe.

Ob die Gesellschafter der bürgerlichen Gesellschaft persönlich und als Gesamtschuldner haften, hängt vom Einzelfalle ab, eine allgemeine Bestimmung, die eine derartige Haftung begründen würde, kennt das Gesetz nicht.

Wie oben dargelegt, wird die „Vertretung" grundsätzlich ausgeübt von allen Gesellschaftern insgesamt, oder von einem oder mehreren bevollmächtigten Mitgliedern, die alsdann nicht im Namen der Gesellschaft, sondern im Namen der einzelnen Gesellschafter als gewöhnliche Bevollmächtigte auftreten. Die Geschäfte werden somit von allen Gesellschaftern oder im Namen aller Gesellschafter abgeschlossen, ohne dass jedoch ihre personenrechtliche Verbundenheit nach aussen irgend welche Wirkung äussert. Die Gesellschafter haften daher für ihre so eingegangenen Verbindlichkeiten, wie Personen, die sich gemeinschaftlich verpflichten. Es muss somit

zunächst vor allem eine persönliche Haftung eintreten. Cosack[1] will die persönliche Haftung der Gesellschafter aus Billigkeitsrücksichten ableiten, da bei dem unsicheren Bestande des Gesellschaftsvermögens, das sich doch beliebig verringern lasse, die Gesellschaftsgläubiger ohne persönliche Haftung der Gesellschafter in eine üble Lage gebracht seien. Eine derartige Begründung ist nicht vonnöten, da die persönliche Haftung schon aus allgemeinen Rechtssätzen folgt.

Aber nicht in allen Fällen, wo die Gesellschaft verpflichtet wird, ist eine persönliche Haftung der Gesellschafter anzunehmen. So wird nach Knokes[2] Ansicht im Falle des § 833 BGB. nur eine Gesellschaftsschuld im engeren Sinne, nicht zugleich auch eine Privatschuld der Gesellschafter begründet; eine persönliche Haftung trete hier nur ein, wenn den einzelnen Gesellschafter ein Verschulden treffe. Ebenso muss eine Haftung aus § 831 BGB. für Handlungen eines vertretungsberechtigten Gesellschafters ausgeschlossen sein, wenn nur ein Gesellschafter nachweist, dass er seinerseits die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.[3] Zweifellos ist die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen im Falle der ungerechtfertigten Bereicherung desselben; hier muss eine persönliche Haftung der Gesellschafter ausgeschlossen sein, da ihr Privat-

1) Cosack, bürgl. R. 397.
2) v. Knoke 81.
3) Knoke 81.

vermögen von der Tatsache der ungerechtfertigten Bereicherung nicht berührt wird.[1]

Dass die Gesellschafter persönlich haften, besagt noch keineswegs, dass sie auch als Gesamtschuldner haften. Eine gesamtschuldnerische Haftung tritt bei der Gesellschaft des BGB. durchaus nicht in jedem Falle ein, wo die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufzukommen haben Das Gesetz selbst spricht im § 733 BGB. von gemeinschaftlichen Schulden der Gesellschaft, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind. Eine gesamtschuldnerische Haftung tritt hier nur ein nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 420 ff. Verpflichten sich demnach die Gesellschafter durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner. Das Gleiche ist der Fall, wenn die Gesellschafter aus irgend einem anderen Rechtsgrunde eine unteilbare Leistung schulden. Schulden sie dagegen eine teilbare Leistung, die nicht durch Vertrag begründet ist, so werden sie auch im Zweifel nur anteilmässig verpflichtet. Eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter tritt endlich immer ein, wenn die Gesellschaftsschuld infolge einer unerlaubten Handlung, die sämtliche Gesellschafter begangen haben, entstanden ist (830 BGB.)' oder wenn die Gesellschafter nach 831 BGB. für die Handlungen eines vertretungsberechtigten Gesellschafters aufzukommen haben.

---

1) Knoke 81.

Die persönliche Haftung der Gesellschafter besteht jedoch nicht kraft zwingenden Rechts. Dass sie durch Vertrag mit dem Gläubiger ausgeschlossen werden kann, erscheint klar, und zwar kann dies für alle Gesellschafter oder auch nur für einzelne geschehen. Eine Vereinbarung letzterer Art wird dann anzunehmen sein, wenn der Gläubiger nachträglich einem Gesellschafter die Schuld erlässt. Ein derartiger Erlass wird dahin auszulegen sein, dass das Privatvermögen des Gesellschafters von der Haftung frei wird. Würde ihn der Erlass auch von der Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen befreien, so könnte sich der Gläubiger an dieses überhaupt nicht mehr halten, da es ihm nur dann unterworfen ist, wenn sämtliche Gesellschafter ihm verpflichtet sind.[1]

Aber auch durch Vereinbarung der Gesellschafter unter sich kann die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden. Natürlich ist dies nicht möglich, wenn die Gesellschafter ihre Geschäfte persönlich alle zusammen abschliessen, sondern nur dann, wenn einer oder mehrere von ihnen vertretungsberechtigt sind. Ihre Vertretungsmacht beruht alsdann, wie wir oben gesehen haben, auf Vollmacht der Gesellschafter. Diese Vollmacht hat keinen gesetzlichen Inhalt, kann somit auch in der Weise erteilt werden, dass der vertretungsberechtigte Gesellschafter durch seine Handlungen nur das Gesellschaftsvermögen verpflichten kann.

1) v. Knoke 80.

Alsdann ist, da ein Überschreiten der Vollmacht den Vertretenen nicht schadet, der Gläubiger nur berechtigt, sich an das Gesellschaftsvermögen zu halten. Cosack[1] behauptet, ein Dritter brauche eine die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkende Vereinbarung der Gesellschafter nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn sie ihm unbekannt war; überdies habe in einem solchem Falle der Vertreter die Verpflichtung, auf die einschränkende Klausel seiner Vollmacht hinzuweisen, widrigenfalls sie ohne Wirkung wäre und eine Haftung der Gesellschafter eintrete. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Vollmacht eines vertretungsberechtigten Gesellschafters unterscheidet sich in nichts von einer Vollmacht, die sonst einem Beauftragten erteilt wird. Auch hier steht der Umfang der Vollmacht nicht fest, und somit muss der Dritte sich stets erst, wenn er absolut sicher gehen will, über ihren Umfang Gewissheit verschaffen.[2]

Von anderer[3] Seite wird behauptet, die Möglichkeit einer derartigen Beschränkung der Haftung müsse deshalb für unzulässig erachtet werden, weil sich so die Gesellschaft die Rechte einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verschaffen könnte. Dies kann jedoch die Gesellschaft nur dann erreichen, wenn der Vertretungsberechtigte ein Dritter, ein der Gesellschaft fernstehender ist; ist es jedoch ein Gesellschafter, so tritt mindestens eine unbeschränkte

1) v. Cosack, bürgl. R. II, 397.
2) v. Knoke 80.
3) v. Matthiass I, 138.

Haftung dieses einen Gesellschafters ein, der ja zugleich für sich in eigenem Namen auftritt.[1] Freilich kann der vertretende Gesellschafter seine persönliche Haftung durch Vertrag mit dem Gläubiger ausschliessen, ein Fall, der jedoch höchst unwahrscheinlich ist.

1) v. Knoke 80.

VI. Die Auflösung der Gesellschaft.

Die Auflösung wird bei der offenen Handelsgesellschaft wesentlich aus denselben Gründen herbeigeführt, wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Wenn auch das BGB. den Ablauf der Zeit und Beschluss der Gesellschafter nicht ausdrücklich als Auflösungsgründe erwähnt, so kann gleichwohl nicht zweifelhaft sein, dass einerseits mit Ablauf der bestimmten Zeit auch die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts erlischt und andererseits der einheitliche Wille der Gesellschaft ihre Auflösung herbeiführen kann.[1]

Der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen kommt jedoch für die Gesellschaft des BGB. in Fortfall, wie schon gesagt, erwähnt seiner das bürgerliche Recht nicht, während er bei der offenen Handelsgesellschaft ausdrücklich als Auflösungsgrund anerkannt ist.

Andererseits kann man bei der offenen Handelsgesellschaft nicht annehmen, dass die Gesellschaft aufgelöst wird, wenn der Zweck erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist. Es lässt sich

1) v. Goldmann 581.

eben bei der offenen Handelsgesellschaft nur selten ohne Weiteres erkennen, wann der Zweck erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist; jedenfalls wird ein bestimmter Zeitpunkt hier, wo es sich um ein Handelsgewerbe handelt, in den seltensten Fällen anzugeben sein. Schon mit Rücksicht auf das Verhältnis zu Dritten erklärt es daher die Denkschrift für nicht angebracht, das Erreichen oder Unmöglichwerden des Zweckes als von Rechtswegen wirkende Auflösungsgründe anzuerkennen. Jedoch auch zwischen den Gesellschaftern selbst würde eine derartige Bestimmung zu manchen Streitigkeiten und Zweifeln Anlass geben. Wird so z. B. der von der Gesellschaft betriebene Exporthandel durch ein Gesetz verboten, so ist dieser fortan rechtlich unzulässig. Dass damit jedoch der von der Gesellschaft erstrebte Zweck unmöglich geworden sei, ist nicht immer gesagt. Es kann die Frage entstehen, ob dieser Handel der alleinige Zweck der offenen Handelsgesellschaft war, oder ob derselbe nicht etwa bloss deshalb ins Auge gefasst wurde, weil er zur betreffenden Zeit die meiste Aussicht auf Gewinn bot.[1] Die Gesellschafter haben es ja auch immer in der Hand, eine Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung, oder durch gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, wenn ihrer Ansicht nach der Zweck erreicht, oder seine Erreichung unmöglich geworden.[2] Das bürgerliche Recht erkennt

---

1) v. Nürnberger Protokolle 235, Renaud 460.
2) v. Denkschrift 97.

demgegenüber obige Tatsachen als ipso iure wirkende Auflösungsgründe an.

Zu erörtern sind noch kurz die Unterschiede, die sich ergeben, wenn beide Gesellschaften durch Kündigung eines der Mitglieder aufgelöst werden. Die Kündigung einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft kann nach bürgerlichem Recht jederzeit fristlos erfolgen; mangels wichtiger Gründe verpflichtet Kündigung zur Unzeit den Gesellschafter zum Schadensersatz. Eine auf bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft kann fristlos gekündigt werden, wenn wichtige Gründe vorliegen. Im gleichen Falle kann der Gesellschafter, einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft, wenn eine Kündigungsfrist vereinbart war, von der Einhaltung der Kündigungsfrist entbunden werden. Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die wirksam wird, wenn sie dem Dritten zugeht. Somit hat die Gesellschaft als aufgelöst zu gelten mit dem Zeitpunkt, wo die Kündigung allen übrigen Gesellschaftern zugegangen ist.

Bei der offenen Handelsgesellschaft kann bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages auf unbestimmte Zeit die Kündigung nur mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten erfolgen und zwar für den Schluss eines Geschäftsjahres. Das gesellschaftliche Band, welches die Gesellschafter umschlingt, erweist sich somit als viel fester, wie bei der bürgerlichen Gesellschaft. Noch deutlicher zeigt sich dies darin, wie hier ein Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen kann, wenn wichtige

Gründe vorliegen. Es steht ihm alsdann kein Kündigungsrecht zu, er muss vielmehr gerichtliche Entscheidung beantragen und durch diese die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen. Bei Gesellschaften mit mit unbestimmter Dauer hat hier das Recht des § 133 HGB. nur insofern Bedeutung, als eine Befreiung von der im § 132 HGB. festgesetzten Kündigungsfrist eintritt; es liegt daher der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur dann im Interesse des Gesellschafters, wenn eine schleunigere Auflösung, als im Wege des § 132 HGB. möglich ist, wünschenswert erscheint, und die Beschleunigung durch die gerichtliche Entscheidung auch tatsächlich erreicht wird.[1] Wichtiger ist das Recht des § 133 HGB. für eine auf bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft, indem hier der richterliche Spruch den Gesellschafter von Bindung für die bestimmte Zeit loslöst.

Während also im bürgerlichen Recht der Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft selbst herbeiführen kann, hat sie bei der offenen Handelsgesellschaft durch den Richter zu erfolgen. Der Unterschied zeigt sich ferner darin, dass die Klage zurücknehmbar ist, während die Kündigung nicht zurückgenommen werden kann.

Die Klage richtet sich gegen die Mitgesellschafter, nicht etwa lediglich gegen den Gesellschafter, in dessen Person ein wichtiger Grund eingetreten ist. Indessen würde es zwecklos sein und nur Kosten verursachen (v. § 93 ZPO.), wenn die Klage sich

1) v. Lehmann-Ring 285.

auch gegen die Gesellschafter richten müsste, die ihr Einverständnis mit der Auflösung zu erkennen gaben.[1] Die richterliche Entscheidung erfolgt durch konstitutives Urteil. Erst mit der Rechtskraft des Urteils ist die Gesellschaft aufgelöst. Bis zur Rechtskraft gilt die Gesellschaft in allen ihren Beziehungen als bestehend, Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht dauern fort, das Konkurrenzverbot bleibt in Kraft, die Gesellschafter nehmen weiter Teil am Gewinn u. s. w.[2]

Bei Eintritt eines Auflösungsgrundes wirkt die Auflösung für die bürgerliche Gesellschaft ohne Weiteres im internen und externen Verhältnisse. Für die offene Handelsgesellschaft dagegen hat die Endigung zunächst nur interne Bedeutung. Der Dritte hat sie zunächst nur gegen sich gelten zu lassen, wenn sie ihm bekannt war. Ist jedoch die Auflösung ins Handelsregister eingetragen und veröffentlicht, so wirkt sie gegen den Dritten nur dann nicht, wenn dieser sie weder kannte noch kennen musste.

1) v. Goldmann 592.
2) v. Lehmann-Ring 289 f.

VII. Die Auseinandersetzung.

Nach Auflösung der Gesellschaften findet eine Auseinandersetzung statt, sowohl bei der offenen Handelsgesellschaft als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts besteht während der Auseinandersetzung die Gemeinschaft als Abwickelungsgesellschaft fort.

Welcher Art die Auseinandersetzung ist, hängt vom Willen der Gesellschafter ab. Die Auseinandersetzung der offenen Handelsgesellschaft hat jedoch im Falle der Auflösung durch Kündigung eines Privatgläubigers oder durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters nach den Bestimmungen der §§ 145 ff. zu erfolgen, es sei denn, dass der Gläubiger bezw. der Konkursverwalter zu einer anderweitigen Auseinandersetzung seine Zustimmung giebt. Die Zustimmung ist natürlich nicht erforderlich in den Fällen der §§ 141, 142 Abs. 2 HGB. Staub[1] vertritt die Ansicht, dass die Zustimmung ferner nicht erforderlich wäre, wenn die Gesellschafter vor der

1) v. Staub 440.

Kündigung oder vor Eröffnung des Konkurses eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart hätten. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Denn das dem Privatgläubiger im § 135 HGB. eingeräumte Recht ist keineswegs ein vom Rechte der Gesellschafter abgeleitetes Recht; es ist ihm vielmehr als ein selbständiges Recht verliehen, um die Durchführung seines Anspruches auch dem Gesellschaftsvermögen gegenüber zu ermöglichen, als ein Recht, gegen welches eine Vereinbarung der Parteien nichts auszurichten vermag. Ferner ist im § 138 HGB. nicht allgemein eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über eine andere Art der Auseinandersetzung zugelassen, sondern nur eine Bestimmung des Inhalts, dass im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll. [1]

Eine Liquidation findet endlich nicht statt, wenn die Gesellschaft aufgelöst wird durch Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen. Durch das Konkursverfahren wird jedes anderweitige Liquidationsverfahren absorbiert. Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass der Konkurs neben der Liquidation einhergeht, so z. B., wenn Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, welches nicht in die Konkursmasse fällt, ferner auch, dass eine Liquidation nach beendigtem Konkursverfahren stattfindet, im Falle, dass noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen übrig bleibt. [2]

1) v. Lehmann-Ring 316. Goldmann 647.
2) v. Lehmann-Ring 316.

Die Gesellschafter des bürgerlichen Rechts können regelmässig eine andere Art der Auseinandersetzung, wie im BGB. angegeben, vereinbaren. Der kündigende Privatgläubiger muss eine solche Vereinbarung, wenn sie durch Gesellschaftsvertrag oder überhaupt vor der Auflösung getroffen ist, gegen sich gelten lassen, denn er hat nur Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben des Schuldners. Ist jedoch eine andere Art der Auseinandersetzung erst nach der Kündigung vereinbart worden, so braucht er sich diese Abmachung nicht gefallen zu lassen, indem er mit der Kündigung ein unentziehbares Recht auf das erwirbt, was sein Schuldner im Augenblicke der Kündigung zu verlangen hatte.[1]

Treffen die Gesellschafter keine Vereinbarung über die Auseinandersetzung, so erfolgt diese bei der offenen Handelsgesellschaft im Wege der Liquidation. Das Institut der Liquidation beruht auf ungleich stärkerer Nachwirkung des gesellschaftlichen Bandes, mit anderen Worten, auf der kräftigen Durchführung des Prinzips der gesamten Hand bei der offenen Handelsgesellschaft als bei der Gesellschaft des BGB. Durch die Liquidation wird das stärkere Band, das die Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft verknüpfte, für das Abwickelungsstadium aufrecht erhalten.

Geschäftsführer und Vertreter werden die Liquidatoren, als solche werden sie durch Eintragung und Kundmachung öffentlich anerkannt und erhalten

1) v. Knoke 116.

hiermit die Berechtigung, unter der Gesellschaftsfirma die Gesellschafter samt und sonders zu verpflichten, und verkörpern dadurch Dritten wie den Gesellschaftern gegenüber „die Idee der Gesellschaft in ihrer Einheit“.[1]

Regelmässig sind in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags sämtliche Gesellschafter Liquidatoren, sie sind die Liquidatoren kraft Gesetzes. Es können jedoch auch Liquidatoren von den Gesellschaftern ernannt werden, entweder Gesellschafter oder auch Dritte, sei es im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafter im Liquidationsstadium, entweder so, dass sie alleinige Liquidatoren werden oder neben den gesetzlichen treten. Endlich kann auch das Gericht Liquidatoren ernennen, und zwar auf Antrag der Beteiligten aus wichtigen Gründen. Eine Abberufung der Liquidatoren kann wie durch einstimmigen Beschluss der Beteiligten ebenfalls aus wichtigen Gründen durch das Gericht erfolgen.

Die Liquidatoren haben die Geschäfte der Abwickelungsgesellschaft zu führen und sie gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten. Mangels einer anderen Anordnung besitzen sie Kollektivgeschäftsführung und Kollektivvertretung. Bezüglich der Geschäftsführung haben sie einstimmigen Anordnungen der Beteiligten Folge zu leisten, eine Bestimmung, die nur dann Bedeutung gewinnt, wenn dritte Personen zu Liquidatoren ernannt werden. Ist der Liquidator Gesellschafter, so braucht er sich,

1) v. Lehmann-Ring 315.

wenn er seine Zustimmung verweigert, etwaigen Anweisungen der übrigen nicht zu fügen. Die Vertretungsmacht der Liquidatoren hat einen gesetzlichen Umfang, dessen Beschränkung Dritten gegenüber unwirksam ist. Sie umfasst die gerichtliche und aussergerichtliche Vertretung innerhalb des Wirkungskreises der Liquidatoren. Als solcher ist im Gesetz bezeichnet die Beendigung der schwebenden Geschäfte, Einziehung der Forderungen, die Versilberung des Gesellschaftsvermögens, die Befriedigung der Gläubiger und die Eingehung neuer Verbindlichkeiten zwecks Beendigung der schwebenden.

Das Verhältnis nach innen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern wird, wie sich in den obigen Vorschriften zeigt, für die Liquidationsgesellschaft noch verschärft. Dies ergibt sich einmal daraus, dass im Liquidationsstadium der Behörde ein grösserer Einfluss auf die Gesellschaft eingeräumt ist. In internen Angelegenheiten, wie bei der Geschäftsführung, wo sonst der Behörde nur ganz geringer, sozusagen negativer Einfluss eingeräumt war, — man denke an die Einziehung der Geschäftsführungsbefugnis durch das Gericht, — finden wir jetzt ein positives Mitwirken der Behörde, finden wir gerichtlich bestellte Geschäftsführer. Zwar ist auch in dem Falle, dass solche ernannt werden, für die Geschäftsführung immerhin der Wille der Gesellschafter entscheidend; aber auch nur der vereinte Wille, dem einzelnen Gesellschafter ist der grosse Einfluss genommen, der ihm z. B. nach § 115 Abs. 1 S. 2 HGB. eingeräumt war.

Jedoch nicht nur für die Behörde, auch für dritte Personen ist im Liquidationsstadium ein entscheidender Einfluss auf die offene Handelsgesellschaft anerkannt. So kann z. B. ein Gläubiger die Bestellung oder Abberufung eines Liquidators aus wichtigen Gründen durch das Gericht verlangen, so kann sogar dem Dritten direkter Einfluss eingeräumt werden. Es heisst im § 152 HGB., dass die Liquidatoren einstimmigen Willensäusserungen in Bezug auf die Geschäftsführung Folge zu leisten haben. Zu den Beteiligten gehören aber gemäss § 146 HGB. die Gläubiger, welche durch ihre Kündigung die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt haben; ist der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet, auch der Konkursverwalter. Diesen, also ausserhalb der Gesellschaft stehenden Personen, ist im Liquidationstadium entscheidender Einfluss auf reine Gesellschaftsangelegenheiten eingeräumt, ohne ihre Mitwirkung vermögen die Gesellschafter den Liquidatoren keine Anweisungen in Beziehung auf die Geschäftsführung zu geben, welchen diese zu folgen hätten.[1]

Den gesetzlichen Bestimmungen, die für die Abwicklungsgesellschaft des bürgerlichen Rechts gelten, sind derartige Regeln fremd. Ebenso wie der Gesellschaft während des Bestehens die formelle Einheit fehlt, mangelt ihr dieselbe während der Auseinandersetzung. Das Institut der Liquidatoren ist ihr fremd. Geschäftsführer bei der Auseinander-

1) v. Lehmann-Ring 315.

setzung sind alle Gesellschafter insgesamt, es sei denn, dass vertragsmässig etwas anderes ausbedungen war. Ist durch Gesellschaftsvertrag einem Gesellschafter die Geschäftsführung auch für die Auseinandersetzung übertragen, so ist den übrigen wie bei Bestehen der Gesellschaft das Recht zuzuerkennen, bei Vorliegen wichtiger Gründe durch Beschluss dem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung zu entziehen. Dem Gericht ist keine Mitwirkung eingeräumt, ebensowenig für die Bestellung wie die Abberufung der Geschäftsführer. Ein Geschäftsführer, der kraft Vertrags sein Amt ausübt, braucht sich um spätere Anweisungen der übrigen Gesellschafter nicht zu kümmern, ebensowenig steht einem anderen Beteiligten, etwa einem Gläubiger, irgend eine Einwirkung auf ihn zu.

Dass für die Abwicklungsgesellschaft ebensowenig eine gesetzliche Vertretung besteht wie vor der Auflösung der Gesellschaft, ist selbstverständlich.

Findet bei der offenen Handelsgesellschaft die Liquidation nach den Vorschriften der §§ 145 ff. HGB., bei der bürgerlichen Gesellschaft die Auseinandersetzung nach den Bestimmungen der §§ 790 ff. BGB. statt, so ergeben sich bezüglich der Art und Weise, wie die Abwicklung erfolgt, folgende Unterschiede.

Aus dem Gesellschaftsvermögen sind die gemeinschaftlichen Schulden zu berichtigen, bestimmt § 733 BGB. für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, während es im § 149 HGB. heisst, die Liquidatoren haben die Gläubiger zu befriedigen. In diesen beiden

Bestimmungen besteht nach Ansicht Makowers[1] ein Unterschied zwischen den beiden Gesellschaften; seiner Ansicht nach wollen sie besagen, dass bei der offenen Handelsgesellschaft nur die Gesellschaftsschulden, bei der bürgerlichen Gesellschaft dagegen alle gemeinschaftlichen Schulden, also nicht blos die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden, zu berichtigen sind. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Vielmehr muss auch für die bürgerliche Gesellschaft angenommen werden, dass nur die eigentlichen Gesellschaftsschulden zu berichtigen sind. Würde man alle Solidarschulden als gemeinschaftliche Schulden im Sinne des § 733 BGB. anerkennen, so würde dies den Interessen der Gesellschafter durchaus nicht immer entsprechen. Durch eine Berichtigung solcher Schulden würde sich der Gewinn verkleinern oder der Verlust vergrössern. Die nichtgesellschaftlichen Solidarschulden können jedoch infolge der besonderen Beziehungen zwischen den Schuldnern in ganz anderem Verhältnisse zu verteilen sein, als die Verteilung von Gewinn und Verlust zu erfolgen hat. Die durch die Berichtigung derartiger Schulden entstehende Verkürzung des Gewinnes oder Erhöhung des Verlustes können demnach für den einen oder anderen Gesellschafter eine Schädigung bedeuten. Da nun aber die Auseinandersetzung nicht im Interesse der Gläubiger, sondern lediglich im Interesse der Gesellschafter besteht, können die Gesellschafter untereinander nicht die Berücksichtigung aussergesellschaftlicher Solidarschulden verlangen. Es sind

1) v. Makower 291 f.

daher hier als „gemeinschaftliche“ Schulden nur die eigentlichen Gesellschaftsschulden anzuerkennen und es besteht somit für die beiden Gesellschaften in diesem Punkte kein Unterschied.[1]

Bezüglich der Einlagen quoad usum ist für beide Gesellschaften § 732 BGB. massgebend. Was dagegen die Einlagen quoad sortem angeht, so ist die Behandlung dieser bei den beiden Gesellschaften eine verschiedene.

Bei der bürgerlichen Gesellschaft werden dieselben zurückgegeben. Und zwar findet keine Rückerstattung in Natur statt, sondern stets geht der Anspruch der Gesellschafter auf Geld Massgebend für die Bestimmung des Wertes der Einlagen, die nicht in Geld bestanden haben, ist der Zeitpunkt der Einbringung.

Für die offene Handelsgesellschaft findet die Vorschrift des § 733 BGB. bezüglich der Einlagen keine Anwendung. Da die Einlage aufgegangen ist in den Kapitalanteil des betreffenden Gesellschafters, kann von einer gesonderten Rückgabe vorweg von dem Überschuss des Gesellschaftsvermögens keine Rede sein. Die Einlage wurde bei der Einbringung zu ihrem damaligen Werte dem Gesellschafter gutgeschrieben und bildet jetzt mit den im Laufe der Zeit erfolgten Zuschreibungen oder Abschreibungen als Kapitalanteil ein unzertrennbares Ganze. Mit dem Kapitalanteil wird insofern bei der Auseinandersetzung auch die Ein-

1) v. Knoke 119.

lage zurückgegeben, aber eben nur als Bestandteil des Kapitalanteils. Die Verschlechterung und der Untergang der Einlage trifft unmittelbar die Gesellschaft, der Gesellschafter empfindet sie mittelbar an der Verringerung seines Kapitalanteils. Bei einer Reduzierung des Kapitalanteils auf Null wird von der Einlage nichts zurückerstattet, mag sie auch noch vollständig vorhanden sein, ja selbst wenn die Aktiva die Passiva so sehr überwiegen, dass eine Rückerstattung an sich möglich wäre.[1]

Die Verteilung des Überschusses erfolgt bei der offenen Handelsgesellschaft in Geld. Zu diesem Zwecke ist das ganze Gesellschaftsvermögen zu versilbern, nicht blos soweit, als es die Berichtigung der Gesellschaftsschulden erfordert Man hat eine Abschlags- und eine Schlussverteilung zu unterscheiden. Erstere findet statt, wenn im Liquidationsverfahren entbehrliches Geld vorhanden ist. Sie erfolgt auf Grundlage der letzten Bilanz. Jeder einzelne Beteiligte hat auf Verteilung des entbehrlichen Geldes einen klagbaren Anspruch, sie liegt nicht etwa im freien Ermessen der Liquidatoren. Der klagende Gesellschafter muss die Entbehrlichkeit des Geldes nachweisen, ebenso das Vorhandensein des notwendigen Betrages zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten, sowie zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlussverteilung zukommenden Beträge. Erhält ien Gesellschafter bei der vorläufigen Verteilung zu

---

1) v. Lehmann-Ring 330. Renaud 578.

viel, so kann es von den Liquidatoren im Liquidationsstadium nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden.

Die Schlussverteilung findet nach Berichtigung sämtlicher Gesellschaftsschulden auf Grund der Schlussbilanz statt.

Die Verteilung hat nach Massgabe der Kapitalanteile der Gesellschafter zu erfolgen. Bestehen für alle Gesellschafter aktive Kapitalanteile, so erhält jeder genau seinen Kapitalanteil; der Inhaber eines Passivkontos geht bei der Verteilung leer aus. Bei Vorhandensein von Passivanteilen können die Aktivanteile nicht völlig aus der Gesellschaftskasse ausbezahlt werden. Es ist aber nun keineswegs die Aufgabe der Liquidatoren, dieses Defizit durch Eintreibung der Passivanteile zu decken; sie haben es vielmehr auf die Inhaber der Aktivanteile und zwar nach Massgabe dieser Anteile zu verteilen, die Beitreibung dagegen dem Inhaber selbst zu überlassen.

Für die bürgerliche Gesellschaft ist eine Verteilung des nach Berichtigung der Gesellschaftsschulden verbleibenden Überschusses in Geld nicht angeordnet; es braucht daher hier das Gesellschaftsvermögen nur insoweit versilbert zu werden, als es zur Rückgabe der Einlagen und zur Berichtigung der Schulden erforderlich ist.

Der Überschuss des Gesellschaftsvermögens wird nach Verhältniss der Beteiligung am Gewinn verteilt; es erhalten also die Gesellschafter im Zweifel gleiche Anteile. Die Verteilung erfolgt nach den Grundsätzen über die Gemeinschaft. In

erster Reihe ist demnach Verteilung in Natur anzustreben, sofern sich das Gesellschaftsvermögen in gleichartige, den Anteilen der Teilnehmer entsprechende Teile zerlegen lässt. Die Verteilung gleicher Teile geschieht durch das Los (§ 752 BGB.) Ist Teilung in Natur nicht möglich, so erfolgt Versilberung des Gesellschaftsvermögens nach den Vorschriften über den Pfandverkauf und die Zwangsversteigerung und dann die Verteilung des Gelderlöses. Einen Anspruch auf Abschlagsverteilung hat der Teilnehmer der bürgerlichen Gesellschaft nicht.

VIII. Wechsel der Mitglieder.

Sowohl bei der offenen Handelsgesellschaft als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist ein Wechsel in den Personen ihrer Mitglieder möglich und zwar dergestalt, dass die alte Gesellschaft fortbesteht oder fortgesetzt wird.

Einige Unterschiede zeigen sich bei beiden Gesellschaften bei der Ausschliessung eines Mitgliedes, in dessen Person ein Umstand eintritt, der nach § 723 Abs. 1 BGB. und § 133 HGB die übrigen Gesellschafter berechtigt, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Bei der bürgerlichen Gesellschaft ist Voraussetzung für die Möglichkeit der Ausschliessung, dass der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung enthält, dass im Falle der Kündigung durch ein Mitglied die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll. Für die offene Handelsgesellschaft besteht diese Vorschrift nicht. Die Ausschliessung ist hier allgemein zulässig, mag die Gesellschaft auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit eingegangen sein, selbst dann, wenn freie Kündigung überhaupt ausgeschlossen war.[1] Die

1) v. Lehmann-Ring 304.

Denkschrift [1] bemerkt in dieser Beziehung, dass in anbetracht des dauernden Zweckes, den die offene Handelsgesellschaft verfolge, es angezeigt sei, den Fortbestand der Gesellschaft tunlichst zu sichern, und demgemäss die Entfernung eines das Unternehmen gefährdenden Teilnehmers auch dann zu ermöglichen, wenn ein solcher Fall im Gesellschaftsvertrage nicht besonderes vorgesehen sei.

Die Ausschliessung erfolgt bei der Gesellschaft des BGB. durch Erklärung gegenüber dem auszuschliessenden Gesellschafter, bei der offenen Handelsgesellschaft durch gerichtliche Entscheidung, durch konstitutives Urteil. Es ist jedoch anzunehmen, dass die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft selbst ein Mitglied ausschliessen können, wenn der Gesellschaftsvertrag eine diesbezügliche Bestimmung enthält. Anderer Meinung sind Staub und Goldmann.[2] Nach ihrer Ansicht kann eine Ausschliessung nur durch gerichtliche Entscheidung erfolgen, selbst dann genüge nicht der Beschluss der Gesellschafter, wenn der Gesellschaftsvertrag ihn für genügend erkläre; [2] dem ist nicht beizutreten. Selbst wenn im § 140 HGB. lediglich von Ausschliessung durch gerichtliche Entscheidnng die Rede ist, „so ist nicht abzusehen warum, was im BGB. (§ 737) Rechtens ist, nicht nach Handelsrecht vereinbart werden könnte".[3] Goldmann [4] wendet demgegenüber ein, das

1) Denkschrift 100.
2) v. Goldmann 520, Staub 456, auch RG. 38, 121.
3) Lehmann-Ring 305.
4) Goldmann 630.

Gesetz gestattete nicht, dass die Ausschliessung durch die Willkür der Parteien geschehe. Der Willkür der Parteien ist jedoch der betreffende Gesellschafter, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag die Ausschliessung durch Beschluss anordnet, nicht preisgegeben. Denn der Rechtsweg kann nicht ausgeschlossen werden, und so steht es dem Gesellschafter noch immer frei, die richterliche Entscheidung anzurufen und Nachprüfung der Gründe zu verlangen, auf die der Beschluss sich stützt; das Urteil hat in einem solchen Falle deklaratorische Wirkung.[1]

Analoge Bestimmungen greifen im Falle des Konkurses über das Vermögen eines Mitgliedes und der Kündigung durch einen Privatgläubiger ein. Soll nach bürgerlichem Recht in einem solchem Falle die Gesellschaft unter Ausschluss des Mitgliedes, in dessen Person der betreffende Umstand eintritt, fortbestehen, so muss der Gesellschaftsvertrag eine diesbezügliche Anordnung treffen, während nach HGB. auch ohne eine solche Bestimmung die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft verhindert werden kann. Bei der bürgerlichen Gesellschaft scheidet bei Eintritt des betreffenden Ereignisses der Gesellschafter sofort ohne weiteres aus. Bei der offenen Handelsgesellschaft dagegen müssen die Teilnehmer, wollen sie die Auflösung verhindern, auf Grund eines von ihnen zu fassenden Beschlusses dem Gläubiger bezw. dem Konkursverwalter erklären, dass die Gesellschaft fortbestehen soll. Die Beschluss-

1) Lehmann-Ring 305.

fassung und Erklärung hat im Falle der Kündigung vor dem Ende des Geschäftsjahres zu erfolgen, und es scheidet alsdann der Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus.[1] Im Falle des Konkurses gilt mit der Erklärung an den Konkursverwalter der Gesellschafter als zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschieden.

Auch bei der Fortsetzung der Gesellschaft ergeben sich zwischen den beiden Gesellschaften Unterschiede. Unter Fortsetzung ist der Fall zu verstehen, dass die Gesellschaft bereits geendet hat, sie jedoch zwischen denselben Personen oder unter teilweisem Personenwechsel infolge vorher oder nachher getroffener Vereinbarung fortgeführt wird.[2]

Das BGB. spricht zwar im § 724 lediglich von einer stillschweigenden Fortsetzung der Gesellschaft. Zweifellos kann jedoch, wie bei der offenen Handelsgesellschaft nach § 139 HGB., eine Fortsetzung der bürgerlichen Gesellschaft mit den Erben des gestorbenen Mitgliedes vereinbart werden. Es kann jedoch selbstverständlich bei der bürgerlichen Gesellschaft der in § 149 HGB. erwähnte Fall nicht eintreten, da bei ihr ein selbständiger Gesellschaftskonkurs nicht möglich ist.

Bezüglich der Fortsetzung der Gesellschaft bei Eintritt eines Erben gibt das BGB. keine besonderen Vorschriften. Mit dem Erwerb der Erbschaft wird der Erbe Gesellschafter. Er wird Mitträger der

1) v. Lehmann-Ring 306. Goldmann 632.
2) Lehmann-Ring 283.

Rechte und Pflichten in demselben Umfange wie sein Erblasser.

Sehr eingehend behandelt demgegenüber das HGB. diesen Fall. Bei der offenen Handelsgesellschaft kann zunächst der Erbe in der Gesellschaft verbleiben als gewöhnlicher Gesellschafter. Folge ist alsdann, dass er gemäss § 130 HGB. für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt haftet. Nach dem alten HGB. war dies die einzige Möglichkeit für den Erben; er konnte die unbeschränkte Haftung nach der Praxis des Reichsgerichts [1] nur durch rechtzeitige Ausschlagung der Erbschaft abwenden.

Eine solche Anordnung enthalte, so erklärt mit Recht die Denkschrift [2], eine unbillige Härte gegen den Erben; das Gesetz (§ 139) räumt ihm daher die Befugnis ein, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, dass ihm unter Belassung seines Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn entfallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Gehen die Gesellschafter auf den Antrag des Erben ein, so verwandelt sich die offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft, die die bisherige offene Handelsgesellschaft fortsetzt. Wollen die Gesellschafter den Antrag des Erben nicht annehmen, so kann er ohne Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklären und zwar innerhalb einer Frist von 3 Monaten seit Kenntnis von dem Erbfall. Scheidet innerhalb dieser

1) v. RG. 16, 56.
2) Denkschrift 90.

Frist der Erbe aus, wird ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, oder löst sich die Gesellschaft, gleichviel aus welchem Grunde auf, so haftet der Erbe für die bis zu diesem Augenblick entstandenen Gesellschaftsschulden nur soweit, als er für die Schulden des Erblassers haften würde.[1] Dem Erben kann sein Wahl- und Ausscheidungsrecht sowie das Privileg der Schuldenhaftung in der dreimonatlichen Schwebezeit gegen seinen Willen weder genommen noch beschränkt werden. Umgekehrt wäre auch eine Erweiterung des Rechtes des Erben unzulässig; denn eine solche Vereinbarung berührt nicht nur die Interessen der Gesellschafter, vor allem trifft sie die Interessen der Gläubiger. Dagegen steht es den Gesellschaftern frei, mit dem Erben dessen interne Beziehungen zu den Mitgesellschaftern zu regeln.[2]

Voraussetzung für die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft im Falle des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen ist die Aufhebung des Konkursverfahrens durch Zwangsvergleich oder die Einstellung auf Antrag der Gemeinschuldner. Die beim Vorliegen einer dieser Voraussetzungen eintretende Rechtsfolge ist, dass die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft durch Beschluss herbeiführen können. Infolge des Beschlusses besteht die Gesellschaft mit der Berechtigung zur Führung der früheren Firma fort, andererseits haften auch

1) v. §§ 19,75 BGB. ff.
2) v. Lehmann-Ring 303.

die Gesellschaft und Gesellschafter den Gläubigern in der bisherigen Weise.[1]

Zu erörtern bleiben noch die Folgen, die sich bei Fortbestehen der Gesellschaft nach Ein- oder Austritt eines Mitgliedes ergeben. Die Folgen auf einen schwebenden Prozess sind bereits an anderer Stelle behandelt, hier bleiben nur noch die Folgen bezüglich des Schicksals der Forderungen übrig.

Bei der bürgerlichen Gesellschaft äussert das Gesellschaftsverhältnis der Gläubiger keinen Einfluss auf die rechtliche Zuständigkeit der Forderungen Es bewirkt nur Gebundenheit in der Verfügungsgewalt, sonst ist auch für die Gläubiger die gewöhnliche Solidarität statutiert. Im BGB. giebt es nur die allgemeine aktive Solidarobligation des § 428, eine besondere Form für die gesellschaftliche Berechtigung an einer Forderung kennt es nicht. So spricht das Gesetz in § 730 nur ganz allgemein von der „Zugehörigkeit einer Forderung zum Gesellschaftsvermögen"; darüber, in welcher Weise die Forderung dem Gesellschaftsvermögen zusteht, gibt es keine Auskunft.

Die aktive Gesamtgläubigerschaft der §§ 428 ff. BGB. ist aber nicht ein Forderungsrecht „mit mehreren subjektiven Beziehungen auf der Aktivseite".[2] Es heisst im § 428: Sind mehrere eine Leistung zu fordern berechtigt, weiter ist angeordnet, dass Kündigung und Unterbrechung der Verjährung nur in personam wirken sollen; es ergibt sich

1) RG. 24 No. 10, Lehmann-Ring 314.
2) Joerges GZ. 49, 179,

somit, dass die Gesamtgläubigerschaft aufzufassen ist als mehrere auf dasselbe Ziel gerichtete Forderungsrechte. Bestätigt wird diese Ansicht durch § 430 BGB.: Die Gesamtgläubiger sind im Zweifel untereinander zu gleichen Teilen berechtigt; eine Bestimmung, die im Falle entgegengesetzter Ansicht überflüssig erscheinen würde.

Der Umstand, dass die Gläubiger in einem Gesellschaftsverhältnis zu einander stehen, vermag an der rechtlichen Zuständigkeit der Forderung nichts zu ändern. Eine entsprechende Bestimmung fehlt bei den Vorschriften des BGB. gänzlich. § 714 BGB. handelt nicht über die rechtliche Zuständigkeit der Forderungen, sondern bestimmt lediglich über die Verfügungsgewalt.[1]

Wenn nun aber aus dem Gesellschaftsverhältnis sich keine Besonderheit bezüglich der rechtlichen Zuständigkeit der Forderungsrechte ergibt, so wird ein neuhinzutretender Gesellschafter nicht Mitgläubiger der Gesellschaftsforderungen. Er erwirbt wohl Mitberechtigung an den Forderungen, aber seine Mitberechtigung hat nur Bedeutung für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander; nicht aber geht die Forderung auch in Beziehung auf den Schuldner auf ihn über. Da somit der eintretende Gesellschafter nicht ohne Weiteres Gläubiger wird, so kann bei mehrfachem Personenwechsel ein vollständiger Verlust der Forderung für das Gesellschaftsvermögen eintreten.[2] Umgekehrt verliert der ausscheidende

1) v. Joerges GZB. 49, 179.
2) v. Joerges Bd. 51, 716.

Gesellschafter seine Forderungsrechte nicht. Zwar erklärt § 738 BGB. den ausscheidenden Gesellschafter seines Anteils am Gesellschaftsvermögen für verlustig; aber diese Verlusterklärung hat, abgesehen von der Dispositionsgewalt nur interne Bedeutung, indem der ausscheidende Gesellschafter nur im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern seine Forderungsrechte einbüsst.[1]

Das Entgegengesetzte ist bezüglich des Schicksals der Forderungen bei der offenen Handelsgesellschaft der Fall. § 130 HGB. bestimmt: Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern nach Massgabe der § 128, 129 HGB. für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft ohne Unterschied, ob die Firma eine Änderung erleidet oder nicht. Sieht man hierin richtiger Ansicht[2] nach eine aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft folgende Norm, so lässt sich der Satz aufstellen: Der Eintritt in eine offene Handelsgesellschaft bedeutet direkte Succession in die Gesellschaftspassiva; durch den Eintritt eines neuen Mitgliedes succediert dieses auch in sämtliche Gesellschaftsaktiva, d. h. sämtliche Forderungsrechte gehen ohne Weiteres auf den neuen Gesellschafter über. Weiter lässt sich daraus ableiten: Durch den Austritt scheidet der Gesellschafter aus allen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Forderungsrechten aus.[3]

1) v. Joerges Bd. 49, 216.
2) v. Joerges Bd. 49, 223.
3) v. Joerges Bd. 49, 225.

Eine solche Anordnung entspricht zunächst der Anschauung des täglichen Lebens. An sich sind ja, weil der offenen Handelsgesellschaft die selbständige Rechtspersönlichkeit fehlt, auch bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschaftsforderungen Forderungen der Gesellschafter. Aber dem Laien gegenüber erscheinen sie als Forderungen der Firma. Er ist seiner Vorstellung nach Schuldner der Firma, nicht der Gesellschafter und dem ausgeschiedenen Gesellschafter könnte bei etwaiger Geltendmachung der Forderung der Einwand entgegentreten, der Schuldner habe es nur mit der Firma zu tun und der Ausgeschiedene habe mit der Zugehörigkeit zur Firma auch das Recht auf die Forderungen eingebüsst [1]

Nach § 124 HGB. ist der Erwerb von Rechten nicht an die individuelle Persönlichkeit der Gesellschafter geknüpft, die „Handelsgesellschaft", heisst es, kann Rechte erwerben, nicht etwa „die Gesellschafter". Da sich nun mit dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft ein Wechsel ihrer Personen sehr wohl verträgt (§ 130 HGB.), so ist Trägerin der Rechte die Handelsgesellschaft in ihrer jeweiligen Zusammensetzung. Entsprechend der Anschauung des täglichen Lebens lässt sich somit der Satz aufstellen: Die Forderungen der offenen Handelsgesellschaft sind Forderungen der Gesellschaft in ihrer jeweiligen Zusammensetzung, mit dem Wechsel der Personen der Handelsgesellschaft vollzieht sich ein Wechsel in den Forderungsberechtigten.[2]

1) v. Joerges GZ. Bd. 49, 225.
2) v. Joerges 49, 225.